

***Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire
dall'emergenza sanitaria****

di **Gianluca Borgia** – *Assegnista di ricerca in diritto processuale penale nell'Università di Pisa*

ABSTRACT: The work aims to examine the use of videoconference in criminal proceedings provided for by the legislative measures to fight Coronavirus in light of Constitutional Principles.

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Partecipazione a distanza dell'imputato e diritto di difesa. – 3. Esame a distanza, contraddittorio nella formazione della prova e immediatezza. – 4. Caratteristiche del collegamento e principi di legalità, pubblicità e parità delle armi. – 5. Note di chiusura.

1. Cenni introduttivi

Il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 c.d. "Ristori" rappresenta solo l'ultimo atto di una parentesi normativa – come si vedrà, ben lungi dal potersi dire chiusa – che ha messo a dura prova le garanzie costituzionali poste a presidio dell'accertamento penale.

Le misure adottate dal legislatore per fronteggiare la diffusione del Covid-19 hanno infatti coinvolto anche questo ambito, senza risparmiare neppure quella che a tutti gli effetti rappresenta la

*Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

sede privilegiata di attuazione di una pluralità di principi e diritti riconosciuti dalla Carta fondamentale, vale a dire il dibattito.

(i) In particolare, cessato un primo momento di vero e proprio stallo della giurisdizione in cui sono state celebrate le sole udienze assolutamente indifferibili¹, il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 c.d. “Cura Italia” ha demandato ai capi dei singoli uffici giudiziari l’adozione di un novero di cautele anticontagio, che spaziavano dallo svolgimento a porte chiuse dei dibattimenti ai sensi dell’art. 472 comma 3 c.p.p., al distanziamento tra le udienze al fine di evitare assembramenti, all’impiego dei presidi atti ad impedire contatti ravvicinati tra i soggetti processuali, nonché all’ulteriore rinvio delle udienze (art. 83 commi 6 e 7 lett. *d, e e g*). Quando, poi, sulla base delle precauzioni assunte, fosse stato possibile tenere l’udienza, si era previsto l’obbligo, in caso di imputato detenuto, internato o in stato di custodia cautelare, di assicurarne la partecipazione mediante «collegamenti» «individuati e regolati» «con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della Giustizia, applicate, in quanto compatibili», le disposizioni previste dall’art. 146-*bis* commi 3, 4 e 5 disp. att. c.p.p. (art. 83 comma 12)².

(ii) In sede di conversione e, segnatamente, con l’inserimento del comma 12-*bis* nel corpo dell’art. 83 d.l. n. 18 del 2020 da parte della legge 24 aprile 2020, n. 27 si è assistito ad un’apertura senza precedenti all’impiego della videoconferenza nel processo penale³. Da un lato, la possibilità di procedere «da remoto»⁴ non avrebbe dovuto più essere circoscritta all’ipotesi dell’indagato o imputato *in vinculis*, ma avrebbe potuto riguardare, quale alternativa all’impiego degli altri meccanismi funzionali a contrastare la propagazione del virus, qualsiasi udienza, comprese – per ciò che rileva ai fini della presente trattazione – quelle deputate all’assunzione di prove dichiarative,

¹ Il d.l. 8 marzo 2020, n. 11, all’art. 1 comma 1 ha infatti previsto il rinvio a data successiva al 22 marzo 2020 di tutte le udienze «dei procedimenti [...] penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari», con le eccezioni indicate al successivo art. 2 comma 2 lett. *g*.

Per una critica a tale opzione diretta, viceversa, a valorizzare il «valore costituzionale della continuità», v. E. AMODIO-E.M. CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, in *Sistema penale*, 2020, f. 5, p. 267-269.

² La stessa previsione era già contenuta nell’art. 2 comma 7 del d.l. n. 11 del 2020.

³ Come noto, l’ampliamento delle ipotesi di ricorso allo strumento tecnologico non ha riguardato il solo dibattito (si pensi alla prevista possibilità di svolgere le indagini a distanza o alle c.d. “camere di consiglio virtuali”; su entrambi gli aspetti cfr. G. SANTALUCIA, *La tecnica al servizio della giustizia penale Attività giudiziaria a distanza nella conversione del decreto “cura Italia”*, in *Giustizia insieme (web)*, 10 aprile 2019) e, più in generale, il solo processo penale, coinvolgendo viceversa tutte le giurisdizioni (per uno sguardo d’insieme v. F. DONATI, *Giustizia online al tempo del Coronavirus e dopo*, in *ConsultaOnline*, 17 aprile 2020).

⁴ In ordine all’erroneo impiego – peraltro non solo da parte del legislatore – di tale locuzione, v. E. AMODIO, *Smettiamo di storpiare l’italiano con il lugubre “da remoto”*, in *Sistema penale (web)*, 28 aprile 2020.

con l'unica eccezione rappresentata dalla testimonianza resa da soggetti diversi dagli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria; dall'altro, a partecipare virtualmente non avrebbe dovuto essere il solo destinatario dell'accertamento penale, bensì *tutti* gli "attori" del processo.

(iii) Nondimeno, l'uso del condizionale è tutt'altro che casuale. Sulla scorta delle aspre critiche mosse dal mondo accademico⁵ e dall'Unione delle Camere Penali Italiane⁶, si è infatti provveduto repentinamente a "correggere il tiro", rendendo di fatto inoperante il ricorso diffuso alla tecnologia: il d.l. 30 aprile 2020, n. 28, successivamente convertito nella legge 25 giugno 2020, n. 70, non a caso emanato lo stesso giorno di entrata in vigore della legge n. 27 del 2020, ha escluso lo svolgimento "on-line" delle udienze previste per l'esame di tutte le fonti orali, oltre che di quelle di discussione finale⁷, salvo il comune accordo delle parti (art. 3 comma 1 lett. d).

(iv) Ancora, in occasione della conversione del c.d. "decreto Rilancio" (d.l. 19 maggio 2020, n. 34) avvenuta con la legge 16 luglio 2020, n. 77, è stato proposto ed approvato un emendamento che, «allo scopo di non disperdere il patrimonio» delle «misure [...] adottate nella fase acuta dell'emergenza epidemiologica da COVID19»⁸, ha previsto, fino al 31 ottobre 2020, la partecipazione in videoconferenza a «qualsiasi udienza penale degli imputati in stato di custodia cautelare in carcere o detenuti per altra causa e dei condannati detenuti», quando questi prestino il loro consenso e ferma la necessità che l'udienza si svolga nell'aula del tribunale con la presenza necessaria del giudice e del pubblico ministero (art. 221 comma 9)⁹. Quanto alle altre parti, giusta il richiamo all'art. 146-bis disp. att. c.p.p., vale la regola per cui, nei processi in cui l'imputato partecipa a distanza, «il giudice, su istanza, può consentire» loro ed ai rispettivi difensori di intervenire con la stessa modalità (comma 4-bis).

⁵ Cfr. le "Osservazioni sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell'emergenza covid-19" del Consiglio direttivo dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, p. 6, reperibile in *Legisl. pen. (web)*. In dottrina v. O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen. (web)*, 4 aprile 2020.

⁶ V. il comunicato emesso in data 30 aprile 2020 dalla Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane, consultabile all'indirizzo https://www.camerepenali.it/cat/10481/ucpi_processo_da_remoto_drasticamente_ridimensionato.html.

⁷ Per l'analisi della questione di costituzionalità della disposizione che subordina lo svolgimento da remoto delle udienze di discussione finale al consenso di tutte le parti sollevata dal Tribunale di Spoleto con l'ord. 21 maggio 2020 v. G. SANTALUCIA, *I ripensamenti sul processo da remoto all'esame della Corte costituzionale*, in *Sistema penale (web)*, 1 giugno 2020.

⁸ Emendamento 221.2 (D'Orso ed altri) A.C. 2500; cfr. S. NAPOLITANO, *Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale*, in *Sistema penale*, 2020, f. 7, p. 28 e S. LORUSSO, *Processo penale e bit oltre l'emergenza*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, f. 5, p. 1003.

⁹ Cfr. L. MADAU, *La magistratura e la Corte costituzionale di fronte all'emergenza sanitaria*, in B. BRANCATI-A. LO CALZO-R. ROMBOLI (a cura di), *Coronavirus e Costituzione. Una integrazione al Manuale di diritto costituzionale*, Pisa University Press, Pisa, 2020, p. 173 s.

(v) Da ultimo, a seguito della c.d. “seconda ondata” di contagi, con il menzionato d.l. n. 137 del 2020 destinato ad operare sino al termine dello stato di emergenza e, dunque, abbandonata finalmente la pratica degli interventi normativi “a scadenza prefissata”¹⁰, il governo, ferma restando la validità del d.l. n. 34 del 2020 ove non espressamente derogato, ha reintrodotta una disciplina *ad hoc* delle *virtual hearings*, escludendone però l’applicabilità «alle udienze in cui devono essere esaminati testimoni, parti consulenti o periti [...] e, salvo che le parti vi consentano, alle udienze [...] dibattimentali» (art. 23 comma 5)¹¹. Al netto della formulazione alquanto enigmatica della previsione, giacché non è dato comprendere se il consenso delle parti rilevi ai fini della possibilità di svolgere a distanza le udienze dibattimentali in cui devono essere assunte prove orali o a questo riguardo venga a configurarsi una preclusione di carattere assoluto¹², ciò che interessa sottolineare ai fini della presente trattazione è che, anche laddove si ritenesse di aderire all’interpretazione più permissiva, risulta comunque confermata l’idea secondo cui in questo ambito è indispensabile quantomeno l’accordo delle parti.

Inoltre, con riferimento all’imputato *in vinculis*, l’esecutivo è invece nuovamente tornato sui propri passi, disponendo che tale soggetto debba sempre intervenire a distanza indipendentemente dalla sua volontà (art. 23 comma 4)¹³.

Ebbene, l’immediato *revirement* operato dal d.l. n. 28 del 2020 così come il parziale dietrofront posto in essere dal d.l. n. 137 del 2020 fanno emergere tutto il disorientamento del legislatore

¹⁰ L’art. 23 comma 1 del d.l. n. 137 del 2020 fa infatti riferimento alla scadenza del termine ultimo dello stato di emergenza «di cui all’art. 1 del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35». Si tratta, come è stato affermato, di un rinvio mobile che consente di estendere la validità delle disposizioni in esame anche in caso di eventuali proroghe dello stato di emergenza; cfr. M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla “giustizia virtuale” servono maggiore cura e consapevolezza*, in *Sistema penale (web)*, 9 novembre 2020, p. 5 i quali parlano di una «svolta metodologica da accogliere con favore. Grazie al d.l. 137/2020 i *conditores* non sono più obbligati a continuare a inseguire la curva dei contagi, essendosi cristallizzato finalmente pure nel nostro Paese un apparato normativo flessibile, in grado di consentire agli operatori del diritto di lavorare in forma telematica – e, pertanto, in massima sicurezza – fino a quando non si sarà superata la crisi».

¹¹ Nello specifico, la prima parte della disposizione prevede che «[l]e udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private, dai rispettivi difensori e dagli ausiliari del giudice possono essere tenute mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia».

¹² Propendono per la prima fra le soluzioni prospettate, quella cioè che ritiene il consenso delle parti idoneo a consentire lo svolgimento anche delle udienze virtuali istruttorie, M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla “giustizia virtuale” servono maggiore cura e consapevolezza*, cit., p. 13 e A. MARANDOLA, *Il “pacchetto giustizia” del D.L. Ristori: nuove misure per limitare gli effetti pandemici nelle aule di giustizia*, in *ilPenalista (web)*, 30 ottobre 2020, § 3, la quale si interroga anche sulla possibilità o meno di acconsentire allo svolgimento di singoli atti.

¹³ In questo senso, l’ultima parte della disposizione in questione si premura di specificare che il comma 9 dell’art. 221 del d.l. 34 del 2020 «è abrogato».

rispetto ad istituti come quelli, appunto, della partecipazione e dell'esame a distanza; e, ciò, nonostante l'espansione del loro spettro operativo, definita persino «gigantesca»¹⁴, abbia rappresentato uno dei tratti distintivi della politica criminale tutta «funzionalizzata a[d] esigenze di economia processuale»¹⁵ che ha ispirato (anche) la recente “riforma Orlando”.

Da qui, l'opportunità di saggiare la compatibilità costituzionale delle opzioni che hanno caratterizzato la legislazione dell'emergenza sanitaria in questo specifico ambito, anche e soprattutto in vista di una loro possibile stabilizzazione; un po' come è accaduto quando, agli inizi degli anni Novanta, l'emergenza che ha dato poi la stura al definitivo ingresso della videoconferenza nel processo penale fu rappresentata dalla necessità di contrastare efficacemente i gravi reati a struttura associativa e, nello specifico, i delitti di mafia¹⁶.

A questo riguardo, occorre in via preliminare fare chiarezza sui vari istituti che possono venire in rilievo quando si parla di “videoconferenza”; termine, questo, che comunemente sta a indicare «un sistema atto a realizzare riunioni virtuali tra persone fisicamente dislocate in posti lontani o, più genericamente, tali da non consentire un rapporto audiovisivo diretto»¹⁷.

Anzitutto, con l'espressione “partecipazione a distanza”, fino all'intervento riformatore poc'anzi menzionato, si faceva riferimento all'evenienza, regolata dall'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., in cui il destinatario dell'accusa, ovvero l'imputato, assista al proprio processo senza presenziare fisicamente, vale a dire mediante l'interposizione di un filtro tecnologico¹⁸. A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 103 del 2017 è ammessa la possibilità che, nei processi in cui l'imputato partecipa a distanza, siano autorizzati a «intervenire a distanza» anche le «altre parti» – compreso, dunque il pubblico ministero – ed «i loro difensori».

¹⁴ L'espressione è di D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *Arch. pen.* – Supplemento n. 1 del 2018 *La giustizia penale riformata*, p. 567 ss.

¹⁵ Così B. GALGANI, *Istanze di deflazione, principio di immediatezza e... smaterializzazione del processo penale*, in G. DE FRANCESCO-A. GARGANI-E. MARZADURI-D. NOTARO (a cura di), *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 226.

¹⁶ Cfr. D. CURTOTTI NAPPI, voce *Dibattimento a distanza (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, Giuffrè, Milano, 2008, p. 164 s.

¹⁷ EAD., *ivi*, p. 163.

¹⁸ Cfr. D. NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 278.

La locuzione “esame a distanza” impiegata dall’art. 147-*bis* comma 2 ss. disp. att. c.p.p. indica, invece, la particolare modalità probatoria di assunzione delle prove dichiarative tramite il ricorso ad un collegamento audiovisivo¹⁹.

Come emerge, si tratta di congegni affatto sconosciuti alla giustizia penale, ma che anzi trovano, seppur nell’ambito delle norme di attuazione del codice di rito, una specifica disciplina²⁰.

2. Partecipazione a distanza dell’imputato al dibattimento e diritto di difesa

In quanto «luogo di esaltazione del contraddittorio in tutte le sue molteplici sfaccettature e vivaci interazioni comunicative»²¹, l’udienza dibattimentale è terreno di esercizio del diritto di difesa che, giusta l’interposizione del filtro elettronico, risulta dimidiato nella sua duplice accezione di autodifesa e difesa tecnica.

Ad essere sminuito è, anzitutto, l’apporto che l’imputato può fornire all’elaborazione dialettica della prova. Costretto dietro un *monitor* e, pertanto, vincolato alle immagini trasmesse, questi sconta «una visione frammentaria del dibattimento nella pienezza di tutte le sue sfumature»²², con la conseguenza che la strategia difensiva non può beneficiare «della libertà di cogliere atmosfere e captare suggestioni possibile soltanto» a fronte «di una presenza ravvicinata agli accadimenti»²³. A ciò si aggiunga che non può aver luogo la tempestiva consultazione con il proprio legale, nella

¹⁹ V. M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L’esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 9, nonché D. CURTOTTI NAPPI, voce *Esame a distanza (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, Giuffrè, Milano, 2008, p. 201.

²⁰ Oltre alle disposizioni menzionate, vengono in considerazione anche gli artt. 45-*bis* («Partecipazione al procedimento in camera di consiglio a distanza»), 134-*bis* («Partecipazione a distanza nel giudizio abbreviato») e 205-*ter* («Partecipazione al processo a distanza per l’imputato detenuto all’estero») disp. att. c.p.p.

Ciò che, semmai, rappresenta un *quid novi* rispetto al nostro sistema, è la possibilità che a smaterializzarsi sia l’aula di udienza dibattimentale, cui – si pensi – è dedicata un’apposita previsione diretta a regolare la disposizione spaziale degli attori del processo penale (cfr. art. 146 disp. att. c.p.p.). Fino all’approvazione della legge n. 24 del 2020, che tuttavia – lo si è sottolineato – è rimasta lettera morta, era infatti indispensabile la presenza fisica almeno del giudice e del cancelliere.

²¹ D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell’imputato in giudizio*, cit., p. 578.

²² D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 353.

²³ D. NEGRI, *L’imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., p. 281.

prospettiva di suggerire a quest'ultimo quegli elementi funzionali all'efficace svolgimento della *cross-examination* che solo il destinatario dell'accusa in quanto tale è in grado di cogliere²⁴.

Inoltre, se è vero che quest'ultimo rilievo non vale per il caso in cui il difensore, nell'alternativa tra rimanere in aula o affiancare il proprio assistito nella postazione remota, si orienti per la seconda soluzione, è altresì evidente che, in tale circostanza, ad essere compromessa è la capacità di azione del patrono²⁵.

Si tratta di aspetti che il progresso scientifico può solo contribuire a migliorare, ma non a risolvere completamente. Ciò significa – per riprendere quanto affermato dalla giurisprudenza di Strasburgo²⁶ – che il fatto di partecipare per via telematica importa sempre una restrizione del diritto di difesa e non può certo dirsi neutro, come sembra invece desumersi dall'atteggiamento tenuto dalla Corte costituzionale, tutta concentrata sulle caratteristiche del collegamento²⁷.

In definitiva, «[s]otto il segno dell'inviolabilità proclamata dall'art. 24 comma 2 Cost., il diritto di difesa agisce in questo campo alla stregua di garanzia individuale negativa, non diversamente dalla libertà personale»²⁸. Al fine di saggiare la legittimità delle disposizioni in tema di partecipazione a distanza, è dunque indispensabile verificare, alla luce del vaglio di proporzionalità, la rispondenza di queste ultime a valori di pari rango al diritto di difesa, secondo la logica che impone di circoscrivere le limitazioni del diritto che viene in gioco alle ipotesi in cui ciò sia

²⁴ Su questo aspetto, oltre ai contributi richiamati nelle due note precedenti, v. C. CONTI, *Rimedi processuali contro la partecipazione a distanza disposta illegittimamente*, in *Indice pen.*, 2000, p. 1280, nonché G. FRIGO, *Quella «fragile» disciplina eccezionale contraria ai principi di diritto internazionale*, in *Guida dir.*, 1998, n. 7, p. 49.

²⁵ V. M. DANIELE, *La partecipazione a distanza allargata. Superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 14 dicembre 2017, p. 2, il quale aggiunge che «[i]l problema sarebbe solo attenuato consentendo ad un sostituto del difensore di assistere l'imputato nella postazione remota (art. 146 bis comma 4 disp. att.): una soluzione che non equivale certo alla partecipazione fisica» (nota n. 3).

²⁶ Cfr. Corte EDU, 4 luglio 2017, Ichetovkina e altri c. Russia, § 37 e, in precedenza, Corte EDU, 27 novembre 2007, Asciutto c. Italia, § 61, nonché Corte EDU, 5 ottobre 2006, Viola c. Italia, § 67.

²⁷ Dimostrando di orientarsi nel senso di una perfetta fungibilità tra partecipazione fisica e virtuale, nella nota pronuncia Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342, i giudici di Palazzo della Consulta si sono limitati ad asserire che «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».

²⁸ D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, cit., p. 581. In termini pressoché identici, a commento degli interventi di carattere emergenziale finalizzati a contrastare la propagazione del virus, v. A. ZAMPAGLIONE-L. FORTE, *La partecipazione a distanza all'epoca del coronavirus: tra contrazione del diritto di difesa materiale e esigenze di accertamento*, in *Dirittifondamentali.it*, 9 aprile 2020, p. 1125.

Sul giudizio di proporzionalità v. diffusamente M.A. SANDULLI, voce *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 4643 ss.

strettamente necessario per il perseguimento di scopi legittimi e a patto che, tra le misure a disposizione, si adotti quella meno invasiva²⁹.

Detto altrimenti, con precipuo riferimento agli interventi normativi che si sono avvicinati nel corso della pandemia, si tratta di comprendere se l'esigenza di tutelare la salute pubblica (art. 32 Cost.) avrebbe potuto essere soddisfatta ricorrendo a strumenti più blandi con riferimento alle garanzie difensive rispetto a quello della partecipazione da remoto.

(i) Per quanto concerne il caso dell'imputato detenuto, internato o in stato di custodia cautelare in carcere di cui all'art. 83 comma 12 del d.l. n. 28 del 2020, occorre muovere dal considerare che la traduzione del soggetto *in vinculis* presso l'aula di udienza, avrebbe comportato il contatto inevitabilmente stretto, fisico, tra questi e quantomeno gli agenti incaricati. Ne deriva che l'unica alternativa alla partecipazione a distanza in grado di prevenire la diffusione del contagio tra la popolazione carceraria veniva ad essere rappresentata dal rinvio dell'udienza³⁰.

Ecco che, il legislatore, in luogo di affidare ai singoli capi degli uffici la scelta tra le soluzioni da adottare ai fini dello svolgimento o meno dell'udienza e, poi, in ragione della decisione di procedere, imporre il collegamento da remoto dell'imputato ristretto, avrebbe dovuto prendere le mosse proprio dallo *status detentionis* e su tale base prevedere l'obbligo del rinvio del dibattimento ad altra data, a meno che non ricorra una causa di indifferibilità, come nel caso in cui sia necessario assumere una prova non rinviabile³¹. Infatti, è solo in quest'ultima ipotesi che l'impiego della tecnologia soddisfa il requisito della stretta necessità di limitare il diritto di difesa che, altrimenti, verrebbe ingiustificatamente sacrificato – come in effetti è accaduto – quando sia percorribile un'opzione alternativa in grado di preservare entrambi i valori in questione, quale è il rinvio dell'udienza.

²⁹ Cfr. ancora D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, cit., p. 581.

³⁰ Con riguardo alle criticità che avrebbe potuto determinare la diffusione del virus nelle strutture penitenziarie v. F. GIANFILIPPI, *Emergenza sanitaria in carcere, provvedimenti a tutela di diritti fondamentali delle persone detenute e pareri sui collegamenti con la criminalità organizzata nell'art. 2 del dl 30 aprile 2020 n. 28*, in *Giurisprudenza penale (web)*, 4 maggio 2020. Sul punto v. altresì A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *questa Rivista*, 2020, f. 3, p. 48 ss.

³¹ Si pensi all'evenienza disciplinata dall'art. 392 comma 1 lett. a c.p.p. con riferimento all'incidente probatorio e richiamata dall'art. 467 c.p.p. nell'ambito degli atti urgenti che possono essere compiuti nel predibattimento in cui vi sia il fondato motivo di ritenere che, in caso di differimento dell'udienza, il testimone non potrà essere esaminato per infermità o altro grave impedimento.

(v) Lo stesso può dirsi in relazione all'ipotesi prevista dall'art. 23 comma 4 del d.l. n. 137 del 2020, tenuto conto che in tale provvedimento, a fronte di un obbligo generalizzato per l'imputato ristretto di partecipare a distanza, la possibilità di un rinvio dell'udienza ad altra data non è neppure menzionata espressamente.

(ii) Indubbiamente diverso è, invece, il caso contemplato dalla legge n. 27 del 2020 rimasto, come detto, del tutto inoperante. L'ampliamento del ricorso alla videoconferenza indipendentemente dalla condizione di privazione della libertà personale dell'imputato, fa venire meno il presupposto dell'indispensabilità del collegamento anche nei casi di indifferibilità dell'udienza: non essendo necessaria la traduzione dell'imputato in udienza e, dunque, il contatto fisico tra questi e gli agenti incaricati, l'esigenza di tutelare la salute pubblica avrebbe potuto essere efficacemente soddisfatta impiegando anche gli strumenti della prevenzione ordinaria, quali il distanziamento e le mascherine o i pannelli trasparenti anticontatto. Peraltro, le prevedibili obiezioni in ordine all'approvvigionamento di tali presidi sotto il profilo dell'insufficienza delle risorse economiche a disposizione dei tribunali, avrebbero potuto essere superate sul piano normativo attraverso la previsione della possibilità di procedere all'aria aperta: «il processo penale sotto la bufera del contagio anziché rinchiudersi» avrebbe potuto «aprirsi verso gli spazi aperti che circondano la scena giudiziaria»³².

In definitiva, l'aver indicato la possibilità di procedere per via telematica come *una tra le tante* misure adottabili al fine di impedire la trasmissione del virus e non come l'*extrema ratio* non soddisfa il requisito del minor sacrificio del diritto coinvolto. Sarebbe stato piuttosto necessario prevedere la partecipazione da remoto solo quando tutti gli altri strumenti anticontagio non avrebbero comunque consentito ai soggetti processuali di partecipare in sicurezza e non fosse stato possibile il rinvio dell'udienza ad altra data a causa dell'indifferibilità della prova.

(iii) (iv) *Nulla quaestio*, infine, con riferimento alla terza e quarta ipotesi di partecipazione a distanza delineatesi a seguito, rispettivamente, del d.l. n. 28 del 2020 e della legge n. 77 del 2020, in ragione della rilevanza attribuita al consenso dell'imputato³³.

³² In questi termini E. AMODIO-E.M. CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, cit., p. 280 a cui si rinvia per l'analisi di alcune soluzioni impiegate in altri ordinamenti.

³³ In merito alla possibilità di rendere operativa una previsione di tal guisa anche nel post-emergenza, v. F. DONATI, *Giustizia online al tempo del Coronavirus e dopo*, cit., p. 8.

3. Esame a distanza, contraddittorio nella formazione della prova e immediatezza

Alla centralità che assume il dibattito nell'ambito dell'accertamento penale quale momento di formazione della prova nel contraddittorio delle parti si è più volte accennato. Si tratta, ora, di comprendere se la *virtualità* che, nell'istituto dell'esame a distanza, sostituisce la *fisicità*, è compatibile e, se del caso, entro quali limiti con lo *standard* epistemico richiesto dall'articolo 111 comma 4 Cost.

Anche in questa ipotesi, non può negarsi che alcuni connotati, in quanto strettamente dipendenti dalla presenza della fonte dichiarativa nel luogo in cui si svolge il dibattito, ne escano attenuati: seppur la qualità dei collegamenti sia stata sensibilmente perfezionata rispetto al passato e, in prospettiva, sia suscettibile di miglioramento, il venir meno dell'unità spaziale che normalmente caratterizza l'udienza in conseguenza dell'impiego dello strumento tecnologico riduce i livelli di udibilità e di visibilità degli accadimenti, «interferendo sulla percepibilità e, quindi, anche sullo svolgimento dell'esame» incrociato³⁴.

Orbene, occorre sin da subito rilevare che a fronte dell'approccio alquanto disinvolto del legislatore nel “maneggiare” il congegno dell'esame a distanza³⁵, la giurisprudenza costituzionale non si è mai occupata della questione e quella di merito ha sovente respinto le eccezioni di incostituzionalità, dimostrandosi orientata nel senso della piena compatibilità dell'esame a distanza con il principio del contraddittorio per la prova³⁶.

Una riflessione a parte merita l'atteggiamento anch'esso permissivo tenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il contraddittorio contemplato dall'art. 6 § 3 lett. *d* CEDU è ritenuto soddisfatto anche in presenza di una dialettica differita: infatti, come noto, l'idea è che l'imputato deve aver avuto a disposizione un'«occasione [...] di contestare una testimonianza a carico e di esaminarne l'autore, al momento della deposizione *o in seguito*»³⁷, non atteggiandosi a requisito necessario quello della contestualità che invece è imposto dal nostro art. 111 comma 4 Cost.

³⁴ M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, cit., p. 14.

³⁵ Cfr. G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Cedam, Padova, 1998, p. 395 s.

³⁶ V. Trib. Palermo, ord. 29 maggio 1996, Andreotti, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2889; Ass. Torino, ord. 22 luglio 1993, in *Dif. pen.*, 1994, f. 44, p. 102.

³⁷ Ancora M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, cit., p. 17 (corsivo aggiunto).

In dottrina, è diffusa la convinzione – ribadita anche in occasione dei primi commenti agli interventi normativi in esame³⁸ – che l’attenuazione della forza euristica del metodo dialettico che si verifica in conseguenza dell’impiego della tecnologia sia tale da rendere l’esame a distanza incompatibile con il contraddittorio nella formazione della prova.

Nondimeno, ciò non vale a negare qualsiasi spazio di operatività dell’istituto, in particolare, quando il suo utilizzo si inserisca nel solco delle ipotesi derogatorie delineate dal successivo comma 5 dell’art. 111 Cost. oppure sia funzionale a tutelare i diritti fondamentali del dichiarante³⁹.

Scartata la rilevanza di questa seconda possibilità in quanto concepita per operare in relazione alle particolari condizioni in cui si trova il dichiarante rispetto al procedimento che viene di volta in volta in considerazione⁴⁰, le previsioni che si sono avvicinate nel corso della legislazione dell’emergenza da Covid-19 devono essere valutate alla luce delle eccezioni al contraddittorio.

(i) (iv) La questione non tocca il d.l. n. 18 del 2020 né la legge n. 77 del 2020 che hanno riguardato esclusivamente la partecipazione a distanza dell’imputato.

(iii) Quanto alla scelta operata dal d.l. n. 28 del 2020 di prevedere la possibilità dello svolgimento per via telematica delle udienze istruttorie “a condizione che tutte le parti vi acconsentano”, essa pare conforme al dettato costituzionale; al netto degli opportuni aggiustamenti nell’ottica di salvaguardare il principio di parità delle parti, tale formula richiama infatti quella che figura nella nostra Carta fondamentale del «consenso dell’imputato».

Sulla più recente evoluzione del *case-law* di Strasburgo v. R. CASIRAGHI, *I nuovi approdi “europei” del diritto al confronto*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 1363 ss.; A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 122 ss.

³⁸ V., *ex multis*, F. RUGGERI, *Il processo penale al tempo del covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi* in *Legisl. pen. (web)*, 18 maggio 2020, p. 5; L.G. VELANI, *Gestione dell’emergenza covid-19 e processo penale: un prodotto discutibile destinato a imporsi stabilmente?*, *ivi*, 7 maggio 2020, p. 21.

³⁹ V. M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L’esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, *cit.*, p. 23, il quale si esprime in termini, rispettivamente, di «virtualità come deroga al contraddittorio» e di «virtualità come limite al contraddittorio».

⁴⁰ Parla di «situazione di pericolo che appare intrinseca alla qualifica della persona esaminata» ancora M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L’esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, *cit.*, p. 53. Si pensi alle evenienze contemplate dall’art. 147-bis disp. att. c.p.p. relative all’esame di c.d. “collaboratori di giustizia”.

Sulla necessità di addivenire ad un bilanciamento tra metodo dialettico ed esigenze di protezione della fonte dichiarativa cfr., *ex multis*, F. CAPRIOLI, *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 65 s.; E. MARZADURI, *Diritto alla prova testimoniale e modalità di escussione del testimone*, *ivi*, p. 29 s.; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, *cit.*, p. 372 ss.

(v) Analoghe considerazioni valgono per il d.l. n. 137 del 2020 allorché si ritenga di aderire alla lettura più permissiva secondo cui, come sottolineato, è possibile procedere da remoto anche allo svolgimento delle udienze dibattimentali deputate all'assunzione di prove dichiarative purché le parti raggiungano un accordo in tal senso. È evidente che, laddove si opti viceversa per l'impostazione maggiormente restrittiva, ovvero quella per cui la celebrazione virtuale di tali udienze è sempre preclusa, la riflessione perde di significato.

(ii) Infine, con riferimento alla legge n. 27 del 2020, tenuto conto dell'irrelevanza della volontà delle parti ed esclusa per ovvie ragioni l'ipotesi di «provata condotta illecita», c'è da chiedersi se il ricorso diffuso all'esame a distanza per l'assunzione di tutte le fonti orali, con l'unica eccezione rappresentata dai testimoni che non siano ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, possa essere ricondotto o meno sotto l'ombrello dell'«accertata impossibilità di natura oggettiva»⁴¹.

La risposta non può che essere negativa con riferimento, anzitutto, a tutte quelle evenienze ricomprese nel perimetro della disciplina in esame in cui la prova risulta rinviabile. Allo stesso modo, non può configurarsi una situazione di impossibilità allorché sia consentito procedere in presenza mediante il ricorso ai presidi anticontagio.

In definitiva, come nel caso della partecipazione a distanza, al di fuori delle ipotesi in cui è richiesto che le parti raggiungano un accordo, l'impiego del collegamento avrebbe potuto trovare una giustificazione sul piano costituzionale solo allorché si fosse prospettata una situazione di assoluta indifferibilità dell'attività istruttoria da compiere e i congegni di prevenzione non fossero stati sufficienti a preservare la propagazione del virus.

Da ultimo, non può essere trascurato come la disciplina richiamata lasci a desiderare, su un piano più generale, anche dal punto di vista della ragionevolezza. Infatti, non è dato comprendere la *ratio* di un regime diversificato tra il testimone che non sia agente o ufficiale di polizia giudiziaria, escluso dalla disciplina dell'esame a distanza, e le altre fonti dichiarative, per le quali invece si era previsto l'impiego "libero" del collegamento audiovisivo, posto che non sussiste alcuna divergenza sotto il profilo delle modalità di formazione del mezzo istruttorio, applicandosi, in entrambi i casi, il meccanismo della *cross examination*. Si tratta, a ben vedere, di una distinzione del tutto arbitraria,

⁴¹ ... che, nel caso di specie, non assume i connotati dell'irripetibilità, presupponendosi, viceversa, che la fonte orale sia in grado di rilasciare dichiarazioni, seppur non presenziando fisicamente.

«attraverso cui» – com'è stato opportunamente sottolineato – «filtra l'idea che il diritto alla prova possa essere oggetto di ampia» e – si aggiunge noi – indiscriminata «manipolazione»⁴².

L'altro principio cui è informato il dibattito suscettibile – insieme al canone di pubblicità di cui ci si occuperà nel prosieguo – di essere menomato dall'impiego della tecnologia è quello di immediatezza. Esso, nell'accezione che interessa in questa sede, richiede che il giudice sia posto nella condizione «di percepire, *nella via più diretta e coi propri sensi*, tanto le prove dell'accusa quanto quelle presentate dalle parti e, in genere, le risultanze processuali»⁴³. Non v'è dubbio, dunque, che l'impiego del collegamento nell'escussione della fonte dichiarativa incida sulla «piena udibilità delle domande e delle risposte» e sulla «visione chiara della scena», ostacolando la possibilità per l'organo giudicante «di cogliere i tratti linguistici e, soprattutto, paralinguistici dell'esame (il tono di voce, il linguaggio del corpo), spesso essenziali per determinare la credibilità del dichiarante»⁴⁴.

Senonché, è noto come, complice l'atteggiamento tenuto dalla giurisprudenza anche costituzionale⁴⁵, è andata vieppiù affermandosi la convinzione che tale canone non riceva copertura da parte della nostra Carta fondamentale⁴⁶; per cui si tratterebbe di un principio liberamente modulabile da parte del legislatore.

Tuttavia, proprio le dure reazioni suscitate dall'ordinanza Corte cost. n. 132 del 2019, dovute soprattutto alla pretesa dei giudici di Palazzo della Consulta di sacrificare il canone *de quo* sull'altare dell'efficienza in nome di una sua presunta irrilevanza desumibile dalla prassi, hanno (ri)messo in luce la «dimensione di diritto individuale»⁴⁷ insita nell'immediatezza ed il suo

⁴² Così le menzionate «*Osservazioni sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell'emergenza covid-19*» dell'ASPP, p. 6; *contra* C. DI BUGNO, *L'amministrazione della giustizia alla prova della pandemia: brevi riflessioni sul (difficile) rapporto tra misure a tutela della salute e processo penale*, in *Legisl. pen. (web)*, 17 maggio 2020, p. 5 secondo il quale tale opzione risulta «misurata», se si tiene conto che le fonti dichiarative richiamate dal d.l. n. 28 del 2020 «sono presenti nella stragrande maggioranza dei processi».

⁴³ G. UBERTIS, voce *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. pen.*, Utet, Torino, in *Leggi d'Italia*, § 8 (corsivo aggiunto).

⁴⁴ M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, cit., p. 19.

⁴⁵ Il riferimento corre all'ormai nota pronuncia Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132, cui ha fatto eco Cass. pen, Sez. Un., 10 ottobre 2019, Bajrami, in *Proc. pen. giust.*, 2020, f. 1, p. 136 con nota di A. MANGIARACINA, *Mutamento della persona fisica del giudice e rinnovazione del dibattimento*.

⁴⁶ In questo senso v., da ultimo, S. LORUSSO, *Processo penale e bit oltre l'emergenza*, cit., p. 1006. Sui possibili scenari futuri cfr. ID., *Il fascino indiscreto della "mediatezza"*, in *Sistema penale (web)*, 23 novembre 2020.

⁴⁷ D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen. (web)*, 11 giugno 2019, p. 4.

fondamento costituzionale da rinvenirsi tanto nel comma 4⁴⁸, quanto nel comma 3⁴⁹ dell'art. 111 Cost.. Da qui, la convinzione che la tesi della necessità di circoscrivere il ricorso all'esame a distanza entro il perimetro tracciato dalle ipotesi di assoluta indifferibilità dell'atto istruttorio consenta di preservare al meglio anche il principio in parola.

4. Caratteristiche del collegamento e principi di legalità, pubblicità e parità delle armi

Nel porre mente a quello che i giudici di Palazzo della Consulta hanno dimostrato di considerare l'aspetto attorno al quale ruota la compatibilità costituzionale della videoconferenza, ovvero le caratteristiche del collegamento, si potrebbe pensare che i provvedimenti normativi che si sono succeduti nel corso della fase più acuta della pandemia siano ineccepibili, giusta il rinvio, «salvo compatibilità», alle «disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.».

In effetti, è proprio muovendo dalla prevista necessità di impiegare strumenti che assicurino «la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi» e la possibilità per l'imputato e il proprio difensore di «consultarsi riservatamente» che la Corte è addivenuta a sostenere la perfetta fungibilità tra partecipazione fisica e virtuale⁵⁰.

Nondimeno, si rinvengono almeno tre profili sotto cui la normativa emergenziale presenta notevoli criticità. In particolare, i primi due attengono a principi che coinvolgono in generale l'intero processo penale (legalità e parità delle armi), mentre il terzo riguarda specificamente il dibattimento (pubblicità).

Come accennato in apertura, l'individuazione dei collegamenti da impiegare, nonché la loro regolazione, è stata demandata ad un atto del Direttore generale dei sistemi informativi e

⁴⁸ Cfr. D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, Milano 2005, p. 57.

⁴⁹ In questo senso v. D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, cit., p. 4; P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen. (web)*, 11 giugno 2019 p. 6 s.; O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, *ivi*, p. 4 s.

⁵⁰ V. Corte cost. n. 342 del 1999.

In ordine alla necessità di salvaguardare la segretezza dei colloqui tra l'imputato che partecipa a distanza e il difensore presente in aula v. Corte EDU, 27 novembre 2007, Zagaria c. Italia, in cui i giudici di Strasburgo hanno constatato la violazione dell'art. 6 della Convenzione in una vicenda caratterizzata dall'ascolto, da parte di un agente di polizia, del colloquio tra l'imputato detenuto collegato da remoto ed il suo avvocato.

automatizzati del Ministero della Giustizia (DGSIA), vale a dire ad un provvedimento di un dirigente amministrativo⁵¹.

Ecco che può risultare addirittura superfluo sottolineare il contrasto con il canone di legalità: se, da un lato, ai sensi dell'art. 111 comma 1 Cost., «la giurisdizione», compresa dunque quella penale, «si attua mediante il giusto processo *regolato dalla legge*» e, dall'altro, come sostiene la giurisprudenza costituzionale, «il processo a distanza si qualifica per la tecnologica impiegata e per le regole di gestione della stessa»⁵², queste ultime non possono che essere disciplinate dal legislatore⁵³.

Ma vi è di più. La libertà lasciata al funzionario ministeriale dalla clausola “salvo compatibilità” avrebbe potuto condurre persino a dismettere alcune delle prescrizioni dettate dall'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. Fortunatamente così non è stato, in quanto gli applicativi individuati – *Microsoft Teams* e *Skype for Business*⁵⁴ – presentano caratteristiche in grado di soddisfare i requisiti previsti dalla suddetta previsione⁵⁵.

Tuttavia, la necessità di riservare al parlamento l'individuazione delle caratteristiche del collegamento non ha mancato di manifestarsi, seppur sotto un diverso profilo rispetto a quelli poc'anzi considerati. In questo senso, è emblematica la lettera del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali inviata al Ministro della Giustizia in cui, oltre a lamentare il proprio mancato coinvolgimento nell'individuazione delle piattaforme da impiegare, rileva una possibile violazione del diritto alla protezione dei dati personali nella misura in cui i sistemi in uso sono gestiti da un fornitore di servizi stabilito negli Stati Uniti e, come tale, sottoposto alle norme del

⁵¹ Tale previsione, contenuta, come detto, nell'art. 83 comma 12 d.l. n. 18 del 2020 (v. *supra*, § 1), è stata mantenuta da tutti i successivi provvedimenti, compreso il d.l. n. 137 del 2020 (v. *infra*, § 5).

⁵² O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, cit., p. 4.

⁵³ Cfr., oltre al contributo citato nella nota precedente, S. LORUSSO, *Il cigno nero del processo penale*, in *Sistema penale (web)*, 11 maggio 2020, p. 8.

⁵⁴ Sul punto si rinvia alla puntuale analisi svolta da S. NAPOLITANO, *Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale*, cit., p. 36 ss.

⁵⁵ In particolare, essi consentono la contestuale e reciproca visibilità ed udibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi (comma 3). Per ciò concerne, poi, la predisposizione dei canali di comunicazione riservati tra imputato e difensore (comma 4), nel provvedimento emanato dal Direttore del DGSIA in data 21 maggio 2020 (https://www.ordineavvocatiroma.it/wp-content/uploads/2020/11/pst_provvedimento_21_05_2020.pdf) si fa riferimento alla possibilità di avvalersi di un «circuito dedicato e criptato VoIP (Voice over Internet Protocol)». A questo riguardo, anche per l'analisi di talune soluzioni adottate in alcuni uffici giudiziari, v. G. DUCOLI, *Il processo penale ai tempi di covid-19. Videoconferenze e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Diritto virale*, Vol. I – *Pandemia e mutazioni del diritto*, Università degli studi di Ferrara, 2020, p. 33 ss.

Cloud Act che «attribuisce alle autorità statunitensi di contrasto un ampio potere acquisitivo di dati e informazioni»⁵⁶.

Tornando ai principi costituzionali che governano il dibattimento, non può essere trascurato che le piattaforme individuate dal Direttore del DGSIA, alla stregua – sia ben inteso – di qualsiasi altra presente sul mercato, non consentono di assicurare la pubblicità dell’udienza non solo e non tanto perché prevedono un limite – per la verità non così esiguo, specie se rapportato alla capienza delle aule dei tribunali – al numero degli accessi⁵⁷, ma anche e soprattutto in quanto presuppongono un “invito” o comunque il rilascio di un’autorizzazione a partecipare da parte di colui che gestisce la riunione, ovvero il giudice⁵⁸. Ciò avrebbe imposto al legislatore di farsi carico di individuare i possibili meccanismi suscettibili quantomeno di garantire una conoscenza mediata degli accadimenti processuali.

Invero, per quanto non contemplato dal dettato costituzionale, il canone di pubblicità delle udienze dibattimentali, nella sua dimensione oggettiva, è espressione del principio di sovranità popolare previsto dall’art. 1 Cost., nella misura in cui il «controllo “esterno” delle ragioni del decidere, previsto dall’art. 111, 6° co., Cost., rappresenta un possibile strumento per realizzare la partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia, ai sensi dell’art. 102, 3° co., Cost.»⁵⁹. Nella sua dimensione soggettiva trova poi un esplicito riconoscimento da parte dell’art 6 § 1 CEDU, quale garanzia nei confronti di una «giustizia segreta»⁶⁰.

⁵⁶ “Lettera del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, Antonello Soro, al Ministro della Giustizia, Alfonso Bonafede” del 16 aprile 2020, reperibile al seguente link: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9316889>. In relazione a questo specifico profilo v. altresì il documento pubblicato dal Centro Studi Giuridici e Sociali “Aldo Marongiu” e dalla Giunta dell’Unione delle Camere Penali Italiane il 14 aprile 2020 intitolato “Considerazioni tecniche circa la previsione di “collegamenti da remoto” nel settore penale legate all’emergenza Covid-19”, in *disCrimen (web)*, 17 aprile 2020.

⁵⁷ Per l’individuazione del numero massimo di partecipanti consentito da ciascun sistema cfr. il provvedimento emanato dal Direttore del DGSIA in data 21 maggio 2020, cit.

⁵⁸ Sul punto v. G. MARINAI, *L’udienza penale in videoconferenza. Una luce in fondo al tunnel dell’emergenza. Indicazioni tecniche*, in *Questione giustizia (web)*, 24 aprile 2020; ID.-F. SANTINON, *Il dl n. 11 del 2020 e l’udienza in videoconferenza: un’opportunità anche per il futuro*, *ivi*, 16 marzo 2020.

⁵⁹ A. FAMIGLIETTI, *Dibattimento (principi teorici)*, in *Dig. pen.*, 2005, Utet, Torino, in *Leggi d’Italia*, § 2.

⁶⁰ V. Corte EDU, 29 settembre 1999, Serre c. Francia, § 21; Corte EDU, 20 maggio 1998, Gautrin ed altri c. Francia, § 42. In dottrina cfr. R. CHENAL-A. TAMIETTI, sub *Art. 6 CEDU*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Milano, 2012, p. 208; G. DI CHIARA, «Against the administration of justice in secret»: la pubblicità delle delle procedure giudiziarie tra Corte europea e assetti del sistema italiano, in A. BALSAMO-R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 293; A.

Questo non esclude certo la possibilità che ne siano introdotte deroghe⁶¹, come quella prevista a livello codicistico dall'art. 472 comma 3 c.p.p. concernente la necessità di preservare la «pubblica igiene», che tuttavia – è opportuno precisarlo – per evidenti ragioni non può essere invocata quanto si procede per via telematica⁶².

Nondimeno, la completa estromissione del pubblico in conseguenza della previsione secondo cui «[p]rima dell'udienza il giudice fa comunicare *solo* ai difensori delle parti, al pubblico ministero e agli altri soggetti di cui è prevista la partecipazione giorno, ora e modalità del collegamento»⁶³ contenuta nella legge n. 27 del 2020 (ii) e ripresa dai successivi d.l. n. 28 del 2020 (iii) e d.l. n. 137 del 2020 (v) appare del tutto sproporzionata. Di fronte alla necessità imposta dalla tecnica di contingentare gli accessi all'aula di udienza dibattimentale virtuale, prendendo spunto dalla comparazione⁶⁴, si sarebbero potuti introdurre meccanismi volti a permettere la trasmissione in *streaming* o a consentire la partecipazione della stampa, sì da salvaguardare, in quest'ultimo caso, quantomeno una forma “indiretta” di pubblicità.

Infine, non si può fare a meno di porre mente alle conseguenze che possono derivare dall'imporre la partecipazione a distanza sul piano della parità delle armi.

Sino all'approvazione della legge n. 27 del 2020 (ii), nei casi di ricorso obbligatorio alla partecipazione a distanza dell'imputato *ex art. 146-bis* disp. att. c.p.p. commi 1 e 2, il collegamento avveniva per mezzo delle dotazioni dell'amministrazione giudiziaria, mentre era solo nell'evenienza delineata dal comma 4-*bis* del suddetto articolo, vale a dire quella in cui vi fosse una specifica richiesta avanzata dalle altre parti di procedere per via telematica, che il collegamento poteva attuarsi per mezzo di strumenti in possesso di “privati”; nelle ipotesi più frequenti quelli di proprietà del difensore.

Se è del tutto evidente, pertanto, che la parte, nel determinarsi a formulare l'istanza, non avrebbe non potuto muovere dal considerare le potenzialità dei propri congegni (capacità del processore del

GAITO- S.FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 1065.

⁶¹ V. ancora A. FAMIGLIETTI, *Dibattimento (principi teorici)*, cit., § 2.

⁶² Peraltro, tale previsione permette comunque al giudice di «consentire la presenza dei giornalisti».

⁶³ Corsivo aggiunto.

⁶⁴ Si vedano gli esempi riportati da E. AMODIO-E.M. CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, cit., p. 279 e da S. LORUSSO, *Processo penale e bit oltre l'emergenza*, cit., p. 1006.

Personal Computer, velocità della connessione internet ecc.)⁶⁵; è altresì vero che, nella misura in cui si rimette al capo del singolo ufficio giudiziario la decisione di svolgere l'udienza indipendentemente dalla volontà delle parti (ii), non vi è spazio per una simile valutazione⁶⁶.

Tralasciando la circostanza in cui le difficoltà del collegamento siano tali da non consentire il rispetto dei requisiti imposti dall'art. 146-*bis* commi 3, 4 e 5 disp. att. c.p.p. che impone di interrompere l'udienza, il tasso di comprensione degli accadimenti – inclusa la sequenza esame, controesame e riesame attraverso cui si dipana la *cross examination* – non può che dipendere dalla tecnologia di cui dispone la parte, con verosimili ricadute disfunzionali sul canone consacrato nel comma 2 dell'art. 111 Cost.⁶⁷.

Tale rilievo avvalorava l'idea che, al di fuori delle opzioni che richiedono il consenso delle parti come quelle delineate dal d.l. n. 28 del 2020 (iii), dalla legge n. 77 del 2020 (iv) e dal d.l. n. 137 del 2020, l'introduzione di un obbligo di procedere in videoconferenza nei limitati casi individuati nel corso della trattazione debba essere necessariamente accompagnato da prescrizioni legislative che considerino anche la necessità di impegnare l'amministrazione giudiziaria a mettere a disposizione della classe forense gli stessi strumenti di cui dispone il pubblico ministero, ad esempio prevedendosi la predisposizione, presso ogni sede degli Ordini degli avvocati, di una o più postazioni per il collegamento.

5. Note di chiusura

L'idea che affiora nitidamente dall'indagine svolta è che neppure un evento emergenziale come quello scaturito dalla diffusione del Covid-19 possa essere affrontato dismettendo le garanzie costituzionali.

⁶⁵ Si rivela significativa in questo senso la precisazione che suona come un monito contenuta nel menzionato comma 4-*bis* dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. secondo cui, allorché le parti chiedano di partecipare a distanza, devono «assumer[sene] i costi».

⁶⁶ Analoghe considerazioni valgono per la previsione contenuta nella prima parte del comma 5 dell'art. 137 del 2020 (v) che esula dalla presente trattazione in quanto si riferisce alle udienze diverse da quelle dibattimentali, secondo cui spetta al giudice decidere quando procedere da remoto.

⁶⁷ Cfr., V. MANES-L. PETRILLO-G. SACCONI, *Processo penale da remoto: prime riflessioni sulla violazione dei principi di legalità costituzionale e convenzionale*, in *Diritto di difesa (web)*, 6 maggio 2020, § 4, nonché S. LORUSSO, *Il cigno nero del processo penale*, cit., p. 4.

Anzi, come si è cercato di dimostrare, è da esse che occorre muovere per individuare le soluzioni in grado di contemperare i contrapposti valori in gioco, non solo laddove, sulla base dell'esperienza maturata nel corso della pandemia, si assista ad iniziative legislative volte a consolidare le novità introdotte in tale ambito, ma ancor prima in vista della prossima conversione in legge del d.l. n. 137 del 2020.

In questo senso, proprio il provvedimento normativo da ultimo richiamato suscita un misto di ottimismo e sconforto.

L'aver escluso le udienze deputate all'assunzione di prove orali dal novero di quelle che possono essere celebrate da remoto, richiedendosi a tal fine – quantomeno secondo la ricostruzione più tollerante – l'accordo delle parti, si rivela, infatti, in grado di salvaguardare il principio del contraddittorio così come sancito dall'art. 111 comma 4 Cost., oltre che la parità delle armi.

Al contrario, la previsione di un obbligo generalizzato di partecipare a distanza per l'imputato *in vinculis*, vale a dire senza che rilevi il suo consenso e che vengano in considerazione ragioni di indifferibilità, si colloca al di fuori delle coordinate tracciate dal canone di proporzionalità e realizza, dunque, un'eccessiva compressione del diritto di difesa.

Per non parlare, ancora, del perdurante atteggiamento di disinteresse verso la legalità processuale attestato dalla circostanza che la disciplina dei collegamenti e delle relative specifiche continuano ad essere di competenza del Direttore del DGSIA. Eppure, si tratta di un principio che, come emerge già dalla sua collocazione topografica nell'ambito dell'art. 111 Cost., rappresenta il presupposto di qualsiasi processo, anche "virtuale", che possa definirsi effettivamente "giusto".

Infine, tocca prendere atto dell'assenza di disposizioni dirette a preservare la pubblicità del dibattimento, neppure nella sua forma mediata.

Peraltro, è proprio su questo terreno che il legislatore avrebbe avuto gioco facile nel dare prova del fatto che l'applicazione della tecnologia al processo non importa necessariamente un abbassamento degli standard di tutela. Invero, la possibilità cui si è accennato della trasmissione in tempo reale dell'udienza avrebbe reso i processi da remoto persino più accessibili al pubblico di quelli "in presenza"⁶⁸.

⁶⁸ M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla "giustizia virtuale" servono maggiore cura e consapevolezza*, cit., p. 15.

Riecheggiano, in proposito, le parole di chi ha efficacemente affermato che dell'innovazione tecnologica occorre «promuover[e], in sede legislativa, un impiego consapevole e non acritico, un impiego, in altri termini, che, inserendosi in una strategia di sistema complessiva, contribuisca ad esaltare (e non certo a depotenziare) le garanzie dell'architettura costituzionale del processo penale»⁶⁹.

⁶⁹ B. GALGANI, *Istanze di deflazione, principio di immediatezza e... smaterializzazione del processo penale*, cit., p. 229.