

LA DISCIPLINA DELLA PARTECIPAZIONE A DISTANZA AL PROCEDIMENTO PENALE ALLA LUCE DELLE MODIFICHE APPORTATE DALLA RIFORMA ORLANDO

di Pierpaolo Rivello

***Abstract.** Dopo un'analisi concernente le finalità a cui tende la normativa dei collegamenti video sonori a distanza nel processo penale, l'A. prende in esame specificamente gli aspetti di novità introdotti al riguardo dalla riforma Orlando, per poi giungere a riflessioni più ampie sul giudizio di fondo che può essere espresso nei confronti di questa tematica, senza pregiudiziali "demonizzazioni" ma nella consapevolezza di talune inevitabili menomazioni al diritto di difesa.*

SOMMARIO: 1. Uno sguardo retrospettivo alle varie disposizioni in tema di "videoconferenze" e di "telesame", al fine di pervenire ad un inquadramento generale della materia. – 2. Il significativo mutamento di talune previgenti impostazioni, operato dall'intervento di riforma. – 3. La necessità di una verifica e di una rimeditazione del tradizionale approccio a questa tematica. – 4. L'indubbia sussistenza di fattori di turbamento, concernenti l'esercizio dell'attività difensiva, derivanti dal ricorso ai collegamenti a distanza. – 5. Rilievi di fondo.

1. Uno sguardo retrospettivo alle varie disposizioni in tema di "videoconferenze" e di "telesame", al fine di pervenire ad un inquadramento generale della materia.

Iniziamo la nostra indagine andando a ritroso nel tempo, in una disamina volta a verificare come il legislatore italiano abbia cercato di utilizzare le strumentazioni audiovisive per finalità non concernenti l'aspetto documentativo ma riguardanti invece la possibilità di pervenire ad una trasformazione delle coordinate spaziali, mediante una parziale eliminazione degli aspetti di "fisicità", ad opera di strumentazioni collegate "in remoto", con conseguente "smaterializzazione"¹, più o meno estesa, del processo.

Il punto di partenza non è rappresentato dalla l. 7 gennaio 1998, n. 11, in quanto è possibile operare un ulteriore arretramento, fino a giungere all'art. 7 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modif. dalla l. 7 agosto 1992 n. 356 (*Modifiche urgenti al nuovo codice*

¹ Cfr. P. BRONZO, *Partecipazione al dibattito ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, in AA.VV., *La giustizia penale differenziata*, vol. III, *Gli accertamenti complementari*, coordinato da M. MONTAGNA, Torino, 2011, 984.

di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa)², emanato in epoca immediatamente successiva alla strage di Capaci, e finalizzato a tutelare la sicurezza dei soggetti ammessi ai programmi di protezione, mediante la possibilità di un loro esame a distanza con collegamento audiovisivo.

Si potrebbe obiettare che, in un'analisi principalmente focalizzata ad un approfondimento dei contenuti della riforma Orlando in relazione ai collegamenti audiovisivi, questo richiamo è un fuor d'opera, in quanto, mentre la riforma ha significativamente inciso sull'art. 146-*bis* disp. att., ha invece fatto riferimento solo marginalmente all'art. 147-*bis* disp. att.³.

Il timore di operare una mera digressione di carattere storico non è peraltro giustificabile, in quanto se si vuole andare al di là di una semplice elencazione delle novità introdotte dalla riforma in tema di "videoconferenze" e si intende invece analizzare le coordinate di fondo di un disegno normativo che, nel corso degli anni, ha condotto ad un sempre più rilevante incremento al riguardo del ricorso allo strumento audiovisivo, deve osservarsi come una delle sue scaturigini fosse appunto ricollegabile alla volontà di evitare, anche mediante l'utilizzo di detto meccanismo, che determinate organizzazioni criminali potessero alterare le normali dinamiche e cadenze dell'*iter* procedimentale, o influire sulla serenità dei soggetti chiamati a parteciparvi, tanto più qualora questi ultimi risultassero esposti ad altissime pressioni al riguardo, o addirittura a «una sorta di presunzione di esposizione a rischio personale»⁴, come nel caso dei collaboratori di giustizia.

Il legislatore, dopo aver stabilito, al primo comma dell'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p., che nei confronti delle persone ammesse, in base alla legge, a programmi o misure di protezione l'esame dibattimentale potesse svolgersi «con le necessarie cautele volte alla tutela della persona», aggiungeva poi che, laddove fossero risultati disponibili strumenti tecnici idonei a consentire il collegamento audiovisivo, sarebbe stato ammesso l'esame a distanza «secondo modalità tali da assicurare la contestuale visibilità delle persone presenti nel luogo ove la persona sottoposta all'esame si trova».

L'uso della tecnologia, dunque, appariva finalizzato ad evitare tentativi di "condizionamento" sullo svolgimento delle attività processuali.

Al contempo, emergeva la consapevolezza della necessità che esso non provocasse effetti dirompenti, volti a snaturare gli ordinari assetti del processo penale, e che gli aspetti "virtuali"⁵ si avvicinasero quanto più possibile a quelli "reali", o

² Per una disamina al riguardo v., volendo, P. RIVELLO, *Commento all'art. 7 d.l. 8/6/1992 n. 306*, in *LP* 1993, 92 ss.

³ V. ad esempio l'art. 80 della riforma Orlando, volto a prevedere che all'art. 7 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, l'ottavo comma sia così sostituito: «Per l'esame dei testimoni si applicano le disposizioni degli articoli 146-*bis* e 147-*bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale».

⁴ M. CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina sull'assunzione di prove a distanza*, in *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 354.

⁵ Per un'analisi della valenza ricollegabile a detta terminologia in ambito processuale v. M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012, 13 ss.; nonché G. PIZIALI, *Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza*, in G. DI CHIARA (a cura

quantomeno non determinassero una radicale deprivazione delle connotazioni tipiche dello svolgimento procedimentale, con conseguente rischio di compromissione di taluni diritti fondamentali.

Venne poi emanata la successiva l. 7 gennaio 1998, n. 11. In un pregevole lavoro di approfondimento dei suoi contenuti⁶, è stato osservato come i magistrati maggiormente impegnati nel contrasto alla criminalità mafiosa avessero da tempo sollecitato un'implementazione del ricorso ai collegamenti telematici. Al riguardo non solo era stato chiesto di incrementare l'utilizzo dell'art. 147-*bis* disp. att. ma si era anche formulato il progetto di quello che sarebbe poi divenuto l'art. 146-*bis* disp. att., ipotizzandosi un meccanismo volto a permettere che la partecipazione dell'imputato detenuto al dibattimento potesse avvenire "a distanza".

Militavano in tal senso, tra l'altro, le analisi di diritto comparato, volte ad evidenziare come numerosi Paesi, tra cui gli U.S.A., da tempo avessero fatto ricorso al collegamento audiovisivo, non solo per tutelare i "collaboratori di giustizia"⁷, ma anche, ad esempio, per la celebrazione dei procedimenti riguardanti episodi di violenza sessuale.

Simili indicazioni vennero raccolte dal legislatore, mediante l'adozione di una normativa diretta a predisporre, alla stregua di due diversi archetipi, accanto al "telesame"⁸ delle persone ammesse a programmi o misure di protezione, anche di tipo urgente o provvisorio, disciplinato all'art. 147-*bis* disp. att., la "teleconferenza" delineata dal nuovo art. 146-*bis* disp.

In realtà gli ambiti interessati da queste due previsioni non risultavano affatto impermeabili fra loro, stante la possibilità che un "telesame" si trasformasse in "teleconferenza"⁹, ed essendo in ogni caso comune l'*humus* ideale.

L'originario art. 146-*bis* disp. att. (la cui disamina appare necessaria al fine di comprendere la portata delle interpolazioni operate dalla riforma Orlando) era stato introdotto per evitare che i molteplici trasferimenti da una località all'altra a cui risultavano sottoposti gli imputati detenuti per reati di mafia, i quali generalmente si avvalevano del diritto di presenziare personalmente alle udienze (era stata coniata al

di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, 77, ove si osserva inoltre come mediante la partecipazione al dibattimento a distanza «senza alcun dubbio si smaterializza sia la fisicità delle parti – in quanto l'imputato risulta presente nell'aula solo in immagine e voce e allo stesso modo appaiono presenti gli altri soggetti all'imputato – sia la fisicità del luogo in cui si svolge il processo, che viene ad essere dislocato in due (o più) realtà fisiche diverse, unite solo dalla tecnologia telematica». Per ulteriori considerazioni al riguardo v. M. NUNZIATA, *La partecipazione al dibattimento mediante "collegamento audiovisivo" a distanza: prodromo della ventura smaterializzazione del processo penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 327 ss.

⁶ M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 159 ss.

⁷ G. NEPPI MODONA, *I "collaboratori della giustizia". Le garanzie per gli accusati e la protezione degli accusatori nel sistema processuale nord-americano*, in *Quest. giust.*, 1988, 163.

⁸ Per quanto concerne l'adozione di detto neologismo v. A. MELCHIONDA, *sub art. 147-bis*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Secondo aggiornamento, Torino, 1993, 322.

⁹ M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza*, cit., 161.

riguardo la dizione di “turismo giudiziario”¹⁰), potessero vanificare lo scopo, perseguito dal regime carcerario differenziato cui erano sottoposti i soggetti più pericolosi, ai sensi dell’art. 41-*bis* comma 2 ord. penit., di impedirne i contatti con le rispettive associazioni criminose di appartenenza¹¹; al contempo in tal modo si voleva scongiurare il rischio delle scarcerazioni dovute al superamento dei termini di durata massima di fase¹².

Possiamo fin d’ora rilevare come l’originario art. 146-*bis* disp. att. fosse stato disegnato nel rispetto di coordinate di fondo assai differenti da quelle che ora lo connotano, a seguito della riforma Orlando.

Infatti detta norma, volta a delineare un regime peculiare con riferimento a determinate categorie di reato di maggior allarme sociale, non si limitava ad esigere la sussistenza del presupposto concernente la necessità che il procedimento riguardante taluno dei reati delineati dall’art. 51 comma 3-*bis* c.p.p. avesse come imputato un soggetto sottoposto a detenzione carceraria¹³.

Occorreva infatti, nella configurazione dell’art. 146-*bis* disp. att. risultante dalla l. 7 gennaio 1998, n. 11, che a tale requisito a carattere generale si accompagnasse la presenza di una delle tre seguenti condizioni, e cioè che: *a*) sussistessero gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; *b*) il dibattimento risultasse di particolare complessità e la partecipazione a distanza fosse ritenuta necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento; *c*) si trattasse di detenuti sottoposti al regime di cui all’art. 41-*bis* ord. penit.¹⁴.

Mentre non potevano essere nutriti dubbi di sorta nell’individuazione del requisito sub *c*), non altrettanto poteva dirsi per quelli sub *a*) e *b*), stante la sostanziale

¹⁰ V. sul punto P. GIORDANO, *Carcere duro: aspettando la videoconferenza il 41-bis resta a rischio di “aggiramento”*, in *Guida dir.*, 1997, 15, 11; per ulteriori considerazioni al riguardo cfr. anche G.C. CASELLI – A. INGROIA, *Gli effetti della l. 8 agosto 1995, n. 332 sui procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata*, in V. GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, Milano, 1996, 143.

¹¹ Come osservato da G. BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. 7, *Modelli differenziati di accertamento*, Tomo I, a cura di G. GARUTI, Torino, 2011, 335, detta norma «assicura effettività al regime di cui all’art. 41 *bis* ord. penit., impedendo che ciò che si mira ad evitare all’interno del carcere si realizzi, come dimostrano plurime esperienze, nel circuito processuale, in occasione della forzata compresenza, in circostanze difficilmente controllabili, di persone appartenenti ad organizzazioni rivali o alleate, che è opportuno evitare si incontrino».

¹² Cfr. G. TINEBRA – P. GIORDANO, *Durata dei processi e termini di scarcerazione: alla ricerca di un difficile punto di equilibrio*, in *Guida dir.*, 1996, 1,9; sul punto v. anche M. CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina sull’assunzione di prove a distanza*, cit., 345.

¹³ Come è stato osservato in dottrina sotto questo aspetto non opera la parificazione prevista dall’art. 284, quinto comma, c.p.p., e pertanto non è possibile parificare alla detenzione in carcere né gli arresti domiciliari né altre misure alternative alla detenzione. V. in tal senso G. FIDELBO, *Commento alla disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell’esame dei collaboratori di giustizia (l. n. 11 del 1998)*, in *Gazz. giur.*, 1998, 103; G. PIZIALI, *Il dibattimento nelle norme di attuazione del c.p.p.*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. 4, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, Tomo II, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, a cura di G. SPANGHER, Torino, 2009, 91.

¹⁴ Per un’analisi di detti requisiti v. A. MELCHIONDA, *sub art. 146-bis disp. att.*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, cit., Quarto aggiornamento, Torino, 1998, 170 ss.

genericità delle rispettive formulazioni¹⁵, legate a criteri sostanzialmente indeterminati (in effetti, ad esempio, appare disagevole stabilire quando possa parlarsi di “particolare complessità” del dibattimento¹⁶), e la carenza di chiari dettagli¹⁷.

Era comunque necessario un vaglio giudiziale, volto ad accertare la sussistenza di detti requisiti.

Occorre porre in luce come l’originario art. 146-*bis* disp. att. risultasse aderente alla logica del “bilanciamento” di interessi contrapposti, secondo un’impostazione volta a fondare proprio su tale dato l’affermazione di piena aderenza ai dettami costituzionali. Infatti la compressione del diritto di difesa derivante dal ricorso alle videoconferenze poteva dirsi controbilanciata dall’esigenza di tutelare valori di innegabile rilevanza quali quelli dell’incolumità e della sicurezza pubblica, a cui risultavano ispirati i requisiti sub a) e sub c) dell’art. 146-*bis* disp. att.¹⁸.

Considerazioni di diversa natura dovevano invece essere fatte in relazione al requisito sub b), finalizzato semmai al raggiungimento di obiettivi di speditezza e di economia processuale, correlati alla volontà di evitare il rischio di scarcerazioni per decorrenza dei termini di custodia cautelare. Infatti il principio tendente alla realizzazione di rapide cadenze processuali, che sarebbe stato successivamente

¹⁵ G. PIZIALI, *Il dibattito nelle norme di attuazione del c.p.p.*, cit., 91.

¹⁶ Per più ampie considerazioni al riguardo v. A. MELCHIONDA, sub art. 146-*bis* disp. att., cit., 172 e 173.

¹⁷ V. in tal senso L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, coordinato da A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, Milano, 1998, 43.

¹⁸ Ancora più evidente appariva tale logica di bilanciamento in relazione all’art. 147-*bis* disp. att. c.p.p., in quanto, con riferimento ai collaboratori di giustizia, il “telesame”, sostituendo la presenza fisica del teste con la sua presenza virtuale, permette «di non rivelare il luogo in cui si trova il collaboratore», realizzando in tal modo un obiettivo davvero fondamentale, soprattutto nelle ipotesi di collaboranti nei cui confronti sia stato adottato il decreto di cambiamento delle generalità, ex art. 3 del d.lgs. 29 marzo 1993, n. 119, che vengono in tal caso identificati attraverso i precedenti dati anagrafici e nei cui confronti il giudice o il presidente dispongono le cautele idonee ad evitare che il loro volto sia visibile. In tal caso lo strumento del telesame risulta spesso indispensabile non solo per garantire la serenità della deposizione, ma proprio per proteggere la vita del collaboratore di giustizia. Sotto questo aspetto, come giustamente sottolineato da R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, Milano, 2011, 549, nota 182, l’art. 147-*bis* disp. att. appare pienamente rispondente alla Raccomandazione n. 13 del 10 settembre 1997 del Consiglio d’Europa, II, *Principes généraux*, il cui art. 6 stabilisce che, pur nel rispetto del diritto difesa, i testimoni devono avere la possibilità di rendere le loro dichiarazioni con l’impiego di metodologie alternative, volte a proteggerli da ogni rischio d’intimidazione che possa derivare dalla vista diretta dell’accusato. Nel valutare la compatibilità costituzionale di detta disciplina tale A. così aggiunge (*ivi*, 550 e 551): «Considerato l’alto rischio di minacce e di ritorsioni spesso provenienti dalla grande criminalità organizzata, il ricorso all’esame a distanza – così come disciplinato dall’art. 147-*bis* comma 3 norme att. c.p.p. – sembra ragionevolmente rappresentare l’unico strumento in grado di tutelare l’incolumità dei testimoni di giustizia ammessi ai programmi amministrativi di protezione (e per i quali, perciò, sia stato appurato un pericolo per la loro vita), superando così le possibili obiezioni di illegittimità costituzionale [...] anche l’oscuramento del volto e la mancata comunicazione della nuova identità previsti per il testimone di giustizia ammesso al cambiamento di generalità sembrano corrispondere a questa funzione di *extrema ratio*, essendo le uniche misure che consentono di non vanificare le misure amministrative di protezione». In ordine alla «primaria esigenza di salvaguardare il prevalente diritto alla vita ed alla integrità fisica della persona da esaminare», volta pertanto a giustificare la mancata presenza “fisica” in dibattimento della persona da esaminare, cfr. Trib. Palermo, ord. 29 maggio 1996, Andreotti, in *Cass. pen.*, 1997, 2889, con nota di F. ALESSANDRONI, *Videotestimonianza, esigenza del contraddittorio e diritto di difesa*.

consacrato a livello costituzionale con la modifica dell'art. 111 Cost., ben difficilmente può essere ritenuto prevalente rispetto alla tutela del diritto di difesa¹⁹.

Comunque la riforma Orlando, come vedremo più ampiamente fra breve, non considera più queste ipotesi alla stregua di requisiti aggiuntivi rispetto ai presupposti generali di applicabilità del ricorso alle videoconferenze.

Proseguendo nell'analisi della norma, va rilevato che, dal punto di vista tecnico, uno degli aspetti fondamentali era ed è rappresentato dall'esigenza che il collegamento audiovisivo tra l'aula ed il luogo ove trovasi il soggetto detenuto venga realizzato in modo tale da assicurare «la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto».

All'epoca venne osservato come in tal modo sia possibile garantire all'imputato «una interazione sullo svolgimento dell'udienza non significativamente dissimile da quella consentitagli dalla presenza fisica»²⁰ (nonostante ciò, la norma fin dal momento della sua emanazione costituì oggetto di aspre polemiche, incentrate sulla "rottura" della dimensione spaziale dell'udienza²¹).

Qualora la partecipazione a distanza al dibattimento avesse coinvolto la posizione di più imputati posti in stato di detenzione in luoghi diversi, ciascuno di essi avrebbe dovuto essere in grado di vedere ed udire gli altri.

Per garantire l'imputato dai rischi di pressioni esercitate nel luogo "remoto" dal quale assisteva al procedimento si prevede che in detto luogo dovesse essere presente un ausiliario, abilitato ad assistere il giudice in udienza, chiamato ad attestare l'identità dell'imputato e ad accertare l'inesistenza di impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà a lui spettanti.

Fu inoltre assicurato il diritto incondizionato da parte del difensore o di un suo sostituto ad essere presente nel luogo ove si trovasse l'imputato, e, parimenti, il diritto all'effettuazione di "consultazioni riservate", mediante idonei strumenti tecnici, tra l'imputato ed il difensore che avesse invece deciso di rimanere nell'aula di udienza.

Il legislatore non sembrava dunque accecato da una sorta di acritica fiducia fideistica nei confronti di un futuribile modello di procedimento "virtuale"; emergeva infatti, pur con alcune criticità e nell'ambito di soluzioni non del tutto soddisfacenti, la consapevolezza della necessità di coniugare il rispetto dei principi garantistici con le esigenze di tutela insite nella celebrazione dei processi con imputati detenuti

¹⁹ Come autorevolmente osservato da G. UBERTIS, *Garanzie giurisdizionali e giurisprudenza costituzionale*, in ID., *Verso un "giusto processo" penale*, Torino, 1997, 53 «la 'costituzionalizzazione' della celerità procedimentale non legittima derive antigarantistiche». Del resto C. cost., ord. 19 novembre 2002, n. 458, in *Giur. cost.*, 2002, 3811, ha affermato che «il principio di ragionevole durata del processo non può comportare la vanificazione degli altri valori costituzionali che in esso sono coinvolti, primo fra i quali il diritto di difesa».

²⁰ *Relazione al d.d.l. C n. 1845*, in *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, XII legislatura, 5.

²¹ V. al riguardo, in particolare, G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali. Abuso d'ufficio, dichiarazioni del coimputato, videoconferenze giudiziarie*, Padova, 1998, 383.

particolarmente pericolosi²², nel contesto di una strategia fortemente ispirata, o meglio condizionata, dalle logiche del “doppio binario”²³.

In sede di Relazione al disegno di legge venne osservato, a sostegno della costituzionalità delle sue norme, che la partecipazione dell'imputato al processo va intesa «in termini sostanziali», dovendosi verificare che egli possa concretamente esercitare i propri diritti difensivi nel contraddittorio; si affermò che, pur mancando la presenza fisica, qualora l'imputato sia posto in condizione «attraverso un idoneo collegamento audiovisivo, di poter esercitare in modo pieno e completo tutta la gamma dei diritti e delle facoltà difensive riconosciutegli» può ritenersi garantita la sua partecipazione al processo²⁴.

Comunque, i timori concernenti l'eventuale limitazione di talune garanzie fondamentali era stato avvertito dallo stesso legislatore, che inizialmente aveva attribuito a questa disciplina le connotazioni di una normativa “a tempo” (ancorata sostanzialmente anche alle sorti dell'art. 41-bis ord. penit.), volta a rappresentare una risposta “emergenziale” alla recrudescenza delle minacce della criminalità organizzata alla sicurezza di testimoni ed imputati, tali da incidere sulla stessa possibilità di regolare celebrazione dei procedimenti, o comunque da condizionare pesantemente la serenità dello svolgimento dei dibattimenti, in assenza di idonee contromisure²⁵. Infatti l'art. 6 della l. 7 gennaio 1998, n. 11 limitava nel tempo l'operatività della disposizione in oggetto.

Il termine inizialmente fissato venne poi prorogato; successivamente si pervenne alla radicale abrogazione del predetto art. 6, “stabilizzando” così la regolamentazione di cui agli artt. 146-bis e 147-bis disp. att.²⁶.

L'evoluzione di questa normativa è stata comunque nel segno di un costante incremento della sua rilevanza, che si evidenzia con l'ampliamento dell'ambito di operatività, in quanto all'originario riferimento ai delitti indicati nell'art. 51, comma 3-bis venne poi aggiunto, ad opera dell'art. 8, comma 1, lett. a) del d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, convertito con modificazioni dalla l. 15 dicembre 2001, n. 438, la menzione dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), n. 4 c.p.p.²⁷.

Quasi contestualmente, in virtù dell'art. 16, comma 1, l. 5 ottobre 2001, n. 367, il legislatore introdusse l'art. 205-ter disp. att. (*Partecipazione al processo a distanza per l'imputato detenuto all'estero*), in base al quale «la partecipazione all'udienza dell'imputato detenuto all'estero, che non possa essere trasferito in Italia, ha luogo attraverso il collegamento audiovisivo, quando previsto da accordi internazionali e secondo la disciplina in essi contenuta». Venne peraltro esclusa la possibilità di procedere a

²² V. al riguardo i rilievi di D. CURTOTTI NAPPI, *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 511 ss.

²³ Per più generali considerazioni sul criterio del “doppio binario” v. G. DI CHIARA, *Appunti per una ricognizione della normativa penale in tema di criminalità organizzata*, in *Foro it.*, 1999, V, 217 ss.

²⁴ *Relazione al d.d.l. C n. 1845*, cit., 4.

²⁵ Cfr. G. P. VOENA, *L'esame a distanza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 119.

²⁶ V. sul punto G. PIZIALI, *Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, 75.

²⁷ Per un approfondimento v. G. PIZIALI, *Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza*, cit., 73.

collegamento audiovisivo qualora lo Stato estero non avesse assicurato «la possibilità di presenza del difensore o di un suo sostituto nel luogo in cui viene assunto l'atto e se quest'ultimo non ha la possibilità di colloquiare riservatamente con il suo assistito»²⁸.

L'ultima tappa di questo *iter* fu rappresentata dalla modifica dell'art. 146-*bis* disp. att., per effetto della sostituzione del suo comma 1-*bis* ad opera dell'art. 2, comma 1, lett. *b-bis*) del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, conv. con modificazioni dalla l. 17 febbraio 2012 n. 9.

In tal modo il meccanismo della partecipazione a distanza al dibattimento è stato esteso «ove possibile» anche all'ipotesi in cui debba essere ascoltato, in qualità di testimone, un soggetto «a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario»²⁹.

Detta previsione, peraltro, risponde ad un'impostazione radicalmente diversa rispetto a quella che precedentemente sorreggeva l'istituto in esame.

Questa differente logica ispiratrice è stata invece ripresa e fatta propria dalla riforma Orlando, determinando un parziale "ribaltamento" dei precedenti assetti.

2. Il significativo mutamento di talune previgenti impostazioni, operato dall'intervento di riforma.

L'art. 77 della riforma Orlando ha modificato il primo comma dell'art. 146-*bis* disp. att., disponendo che i soggetti detenuti debbano obbligatoriamente partecipare a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali essi assumono la veste di imputati, qualora si proceda per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3-*bis*, nonché nell'art. 407, comma 2, lettera *a*), n. 4) c.p.p.

Risulta così eliminata, con riferimento al primo comma, l'ulteriore previsione, contenuta nel testo previgente, in base alla quale la sussistenza di tale presupposto non era ritenuta di per sé sufficiente, occorrendo inoltre la presenza, in via alternativa, di tre ulteriori requisiti, rappresentati, come già abbiamo osservato in precedenza: *a*) dalla sussistenza di gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; *b*) dalla particolare complessità del dibattimento e dal fatto che la partecipazione a distanza risultasse necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento (tale esigenza andava valutata anche in relazione alla circostanza che nei confronti dello stesso imputato fossero

²⁸ Come osservato da G. PIZIALI, *Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza*, cit., 86, il legislatore in tal modo ha inteso elevare ad elemento condizionante l'ammissibilità delle videoconferenze con l'estero il rispetto degli stessi canoni garantistici posti a tutela dei diritti dell'imputato dall'art. 146-*bis* disp. att.

²⁹ Per una serie di rilievi critici nei confronti dell'innovazione apportata dall'art. 2 d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, v. G. PIZIALI, sub *art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, V Ed., Milano, 2017, 898, il quale sottolinea «l'anomalia di questo innesto» e il «contenuto estremamente equivoco» della soluzione così adottata, nonché l'impropria collocazione, in quanto l'art. 146-*bis* disp. att. si occupa «della partecipazione a distanza di un soggetto al suo procedimento» mentre l'intervento modificativo «riguarda il caso, del tutto diverso, dell'esame di un testimone a distanza, che, semmai, avrebbe dovuto essere collocato nell'art. 147-*bis*».

contemporaneamente in corso distinti processi presso diverse sedi giudiziarie); c) dal fatto che si procedesse nei confronti di un detenuto al quale risultavano applicate le misure di cui all'art. 41-bis, comma 2, della l. 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni.

Questa soppressione non è certo di poco conto ed ha fatto parlare di vera e propria “rivoluzione” nella disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza³⁰, per effetto di una sostanziale «mutazione genetica» di questo meccanismo³¹.

In tal modo «viene fissato come unico requisito per la necessaria attivazione della partecipazione a distanza la qualifica soggettiva dell'imputato, costituita dallo stato detentivo per [...] taluno de delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 4), del codice»³².

È così stato delineato «quello che potremmo definire uno statuto processuale del detenuto – in attesa di giudizio o condannato, non necessariamente in via definitiva – per reati in materia di criminalità organizzata, spostando l'accento dall'oggetto del procedimento in corso [...] alla causa della detenzione»³³.

Non siamo evidentemente in presenza di mere modifiche di carattere tecnico. Infatti la precedente impostazione appariva caratterizzata dalla consapevolezza che la partecipazione al dibattimento a distanza si traduce in una compressione di determinati diritti fondamentali, la cui giustificazione era individuabile nel bilanciamento di differenti valori costituzionali. La necessaria sussistenza di uno dei tre requisiti sovradelineati, per quanto indeterminati ed evanescenti essi potessero apparire, permetteva infatti l'ancoraggio alla tutela dell'incolumità e della sicurezza pubblica.

Invece la riforma Orlando si muove in una prospettiva assai diversa. In sostanza, essa si basa sulla considerazione secondo cui tale normativa non comporta alcuna compromissione ai principi dell'oralità e del contraddittorio ed all'esercizio del diritto di difesa. Le modalità con cui viene effettuata la partecipazione a distanza al dibattimento, essendo volte ad «assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto» e permettendo al difensore o a un suo sostituto di essere presenti nel luogo ove si trova l'imputato, o, qualora essi scelgano invece di rimanere nell'aula di udienza, di potersi consultare riservatamente con l'imputato, per mezzo di strumenti tecnici idonei, vengono ritenute garanzie di per sé sufficienti ad escludere violazioni ai parametri costituzionali.

³⁰ Cfr. in tal senso M. GIALUZ – A. CABIALE – J. DELLA TORRE, [Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni](#), in questa Rivista, 20 giugno 2017; S. LORUSSO, [Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?](#), ibidem, 17 maggio 2017.

³¹ Cfr. G. PIZIALI, sub art. 77 Riforma Orlando, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Tomo III, V Ed., cit., 3524.

³² G. PIZIALI, sub art. 77, loc. cit.

³³ S. LORUSSO, [Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?](#), cit.

Siamo dunque di fronte ad una sorta di orgogliosa rivendicazione della validità e legittimità di questa metodologia, senza più alcuna ricerca di “giustificazioni” ulteriori³⁴.

È stato correttamente osservato come gli automatismi che attualmente caratterizzano l’art. 146-*bis* disp. att., a seguito della riforma Orlando, siano sostanzialmente ispirati a due presunzioni: «la prima di necessità della partecipazione a distanza per determinate categorie di soggetti; la seconda di piena surrogabilità della presenza fisica in aula»³⁵.

Appare peraltro evidente come tale soluzione, totalmente ispirata alla volontà di evitare i pericoli, i costi e le difficoltà organizzative delle traduzioni, e di scongiurare la possibilità che determinati detenuti possano entrare nuovamente in contatto con i propri affiliati, accentua i rilievi critici di chi autorevolmente sottolinea la precarietà, l’astrattezza e la “virtualità” dei processi a distanza³⁶, precisando come l’ampliamento del ricorso a detto meccanismo faccia assumere allo snodo più significativo del procedimento «una dimensione quasi surreale»³⁷.

La partecipazione al dibattimento a distanza rappresenta dunque ormai la forma “ordinaria” di celebrazione dei procedimenti concernenti i procedimenti di criminalità organizzata, a prescindere dalla sussistenza di ulteriori requisiti.

In altri termini, alla luce della riforma Orlando «la partecipazione a distanza, da eccezione legata alla sussistenza di determinati parametri, diviene la regola per tutti i processi cui è sottoposta la persona che sia detenuta per uno dei gravi reati ivi richiamati»³⁸.

Molto probabilmente, proprio questa circostanza ha indotto il legislatore ad operare la sostituzione del secondo comma dell’art. 146-*bis* disp. att., volto originariamente a prevedere che la partecipazione al dibattimento a distanza potesse essere disposta, anche di ufficio, dal presidente del tribunale o della corte di assise con decreto motivato, emesso nella fase degli atti preliminari (onde evitare che si dovesse celebrare la prima udienza con l’imputato fisicamente presente), che andava comunicato alle parti e ai difensori almeno dieci giorni prima dell’udienza.

Tale disposizione rispondeva ad una ben precisa esigenza. Infatti, alla luce di un’impostazione, quale quella caratterizzante il previgente art. 146-*bis* disp. att., in base

³⁴ Tale impostazione non potrà evidentemente non riflettersi anche sulle soluzioni giurisprudenziali concernenti le conseguenze ricollegabili all’ipotesi in cui venga celebrato un dibattimento mediante la modalità della teleconferenza in assenza dei presupposti di legge. Nel momento in cui tale modalità di svolgimento diviene “ordinaria”, e si esclude che essa determini una contrazione delle garanzie dell’imputato, risulta infatti difficile ravvisare la sussistenza di un’ipotesi di nullità di ordine generale di cui all’art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p., riguardante l’intervento e l’assistenza dell’imputato. Tale nullità del resto era già stata esclusa in passato da una parte della giurisprudenza: v. per tutte Cass., 12 novembre 1999, Barreca, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 159.

³⁵ M. GIALUZ – A. CABIALE – J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando*, cit.

³⁶ Cfr. G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, p. 98 ss.

³⁷ G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale*, loc. cit.

³⁸ Cfr. S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?*, cit.

alla quale la celebrazione del procedimento a distanza era subordinata alla presenza di requisiti la cui sussistenza doveva comunque essere valutata dall'autorità giudiziaria, con un'analisi i cui esiti non potevano certo darsi per scontati, anche a causa della sostanziale vaghezza nell'indicazione di tali presupposti (fatta salva l'ipotesi concernente la posizione dei detenuti sottoposti alle misure di cui all'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario), i difensori non erano in grado di sapere a priori se si sarebbe o meno proceduto con le forme della videoconferenza. Risultava dunque estremamente utile tale preavviso di almeno dieci giorni, onde permettere loro di valutare le strategie processuali da adottare, e cioè decidere se rimanere nell'aula di udienza o porsi invece "in remoto" accanto all'imputato detenuto, e se avvalersi o meno di un sostituto³⁹.

Invece con la riforma Orlando il fatto stesso che si proceda nei confronti di un soggetto detenuto in relazione a determinati reati di criminalità organizzata (anche se in concreto il procedimento riguarda altra tipologia di illeciti, in relazione ai quali egli risulta magari in posizione di libertà), rende immediatamente evidente che in tal caso si utilizzeranno i meccanismi della partecipazione a distanza⁴⁰.

Per effetto della sostituzione che ha interessato il secondo comma non solo è venuto meno questo obbligo di preavviso, ma è stata almeno formalmente eliminata ogni menzione al «decreto motivato» emesso nella fase degli atti preliminari o all'ordinanza disposta dal giudice nel corso del dibattimento, facendosi ora riferimento ad una semplice «comunicazione alle autorità competenti nonché alle parti e ai difensori della partecipazione al dibattimento a distanza».

Tale mutata formulazione appare invero di «ardua comprensione», potendosi ipotizzare, ad una prima lettura, «che alla presenza dei presupposti segua *ex lege* l'attivazione della partecipazione a distanza, senza necessità di un provvedimento»⁴¹.

Nella realtà anche chi inizialmente sembra prospettare una simile conclusione giunge poi a rigettarla, rilevando che occorre comunque un provvedimento volto ad accertare la sussistenza dei presupposti per l'adozione della partecipazione a distanza, ed evidenziando come il terzo comma della norma, non interpolato dall'intervento della riforma Orlando, confermi in ogni caso la validità di detta soluzione. Viene conseguentemente rilevato che, stante l'assenza di un chiarimento da parte del legislatore, la tesi preferibile sembrerebbe quella dell'adozione di un decreto motivato⁴², sulla falsariga di quanto disposto dall'introdotta comma 1-*quater* in relazione alla partecipazione a distanza predisposta nelle ipotesi caratterizzate dalla sussistenza di ragioni di sicurezza o dalla particolare complessità del dibattimento.

³⁹ Peralto M. CASSANO, *Problemi e prospettive*, cit., 349, dopo aver osservato che il termine di dieci giorni fissato per la comunicazione del provvedimento volto a disporre la partecipazione a distanza appariva tale da consentire un'adeguata preparazione della difesa, aggiungeva tuttavia che l'effettuazione della videoconferenza era comunque resa «ampiamente prevedibile dalla tassatività delle ipotesi individuate dal legislatore».

⁴⁰ L'eliminazione del termine di preavviso viene comunque censurata da G. PIZIALI, sub art. 77, cit., 3526.

⁴¹ Per tali affermazioni cfr. G. PIZIALI, sub art. 77, loc. cit.

⁴² G. PIZIALI, sub art. 77, cit., 3524.

Peraltro, in dottrina è stata anche formulata la contraria tesi secondo cui in tal caso davvero non sarebbe «più necessario un provvedimento del giudice», e ciò «per il semplice fatto che la nuova norma dispone un automatismo in presenza di uno *status detentionis* legato alle fattispecie di reato elencate negli artt. 51, comma 3-*bis* e 407 comma 2 lett. a) c.p.p.»⁴³.

Spostandoci comunque dal piano della disamina specifica di singoli punti ad un'analisi più generale va osservato come la possibilità di operare ancora un giudizio impostato sul bilanciamento dei diversi valori in gioco non possa dirsi del tutto esclusa, qualora si consideri che comunque il richiamo, quale presupposto per l'operatività della videoconferenza, ai delitti indicati nell'art. 51, comma 3-*bis* o nell'art. 407, comma 2, lett. a) n. 4 c.p.p. implica, a ben vedere, di tener conto delle esigenze di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, in quanto nei processi di criminalità organizzata è sempre latente la possibilità di forme di intimidazione nei confronti dei soggetti coinvolti⁴⁴.

Il legislatore peraltro prescinde da ogni espresso riferimento al riguardo. È sufficiente infatti la sussistenza della qualifica soggettiva dell'imputato detenuto, a nulla rilevando, tra l'altro, che il processo nel corso del quale si attua la partecipazione a distanza sia proprio quello che ha dato origine a tale qualifica soggettiva o sia invece un altro procedimento, per reati magari del tutto estranei alla tematica della criminalità organizzata.

Questo ribaltamento di impostazioni, già anticipato sotto tale aspetto dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9, risulta ancora più marcato con riferimento alla posizione del soggetto, detenuto in ordine ad uno dei delitti sovraindicati, che debba essere esaminato come testimone.

Rispetto al criterio delineato dalla l. n. 9 del 2012 la riforma Orlando ha voluto chiarire che in questo caso la partecipazione a distanza del soggetto chiamato a testimoniare concerne sia le udienze penali che quelle civili.

I requisiti rappresentati dalla sussistenza di ragioni di sicurezza o dalla particolare complessità del dibattimento e dalla necessità di evitare ritardi nel suo svolgimento, espunti, come abbiamo visto, dal testo del primo comma della norma, risultano invece reintrodotti nel comma 1-*quater*.

Non si tratta, peraltro, di una semplice diversa collocazione, ma di un mutamento assai più rilevante che ha quale effetto un sensibile incremento dell'area di operatività delle videoconferenze.

Come è stato giustamente osservato «in sostanza, alcune delle condizioni che, prima della riforma, legittimavano l'operatività della partecipazione a distanza solo in relazione ai processi di criminalità organizzata, ne consentono ora l'applicazione indistintamente, per qualsiasi contesto»⁴⁵.

Infatti, mentre in precedenza questi requisiti si ponevano quali elementi aggiuntivi, richiesti al fine di permettere l'operatività delle videoconferenze qualora

⁴³ Per tali affermazioni v. S. LORUSSO, [Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?](#), in questa Rivista, 17 maggio 2017.

⁴⁴ Si esprimeva in tal senso già la *Relazione al d.d.l. C n. 1845*, cit., 3.

⁴⁵ Cfr. M. GIALUZ – A. CABIALE – J. DELLA TORRE, [Riforma Orlando](#), cit.

risultasse comunque configurato il presupposto rappresentato dallo stato detentivo di un soggetto, imputato per uno dei reati di criminalità organizzati indicati dal legislatore, ora essi non operano più in senso limitativo rispetto a detta ipotesi, ma possono invece giustificare il ricorso al procedimento dibattimentale a distanza con riferimento ad ogni altra tipologia di reati⁴⁶; l'art. 77 della riforma Orlando ha infatti cura di precisare che tale previsione opera «fuori dei casi previsti dai commi 1 e 1-bis»⁴⁷.

Siamo in presenza di piani diversi e non sovrapponibili. Oltretutto, mentre il primo comma configura casi di obbligatoria partecipazione a distanza al dibattimento, in relazione a procedimenti di criminalità organizzata, il comma 1-*quater* si limita ad attribuire al giudice la possibilità di disporre con decreto motivato detta partecipazione nei procedimenti non riguardanti tali tipologie di crimini.

Simile impostazione viene accolta anche con riferimento alle ipotesi in cui debba assumersi «la testimonianza di persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario». La previsione dell'art. 1-*quater* riprende, sotto questo aspetto, come già abbiamo avuto occasione di rilevare, quella contenuta nel previgente art. 1-*bis*, a seguito dell'interpolazione operata dall'art. 2 del d.l. 211/2011, conv. dalla l. 9/2012, che peraltro conteneva la clausola di salvezza, ora eliminata, volta a prevedere la possibilità di un'eventuale «diversa motivata disposizione del giudice».

Altro punto di particolare interesse è rappresentato dalla sostituzione del comma 1-*bis* dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., per effetto della quale è stata ora prevista come obbligatoria la partecipazione a distanza alle udienze dibattimentali riguardanti i processi nei quali è imputata una persona ammessa a programmi o misure di protezione, comprese quelle di tipo urgente o provvisorio, e ciò a prescindere dal fatto che sia o meno detenuta⁴⁸.

In precedenza la posizione di tali soggetti era valutata solo con riferimento alle ipotesi del cosiddetto “telesame”. Infatti il secondo comma dell'art. 147-*bis* disp. att. prevede, come già abbiamo avuto occasione di ricordare, che ove siano disponibili strumenti tecnici idonei il giudice o il presidente, sentite le parti, possano disporre anche di ufficio che l'esame in dibattimento delle persone ammesse a programmi o misure di protezione anche di tipo urgente o provvisorio si svolga a distanza, mediante collegamento audiovisivo.

⁴⁶ G. PIZIALI, sub art. 77 *Riforma Orlando*, in A. GIARDA e G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, V Ed., cit., 3525.

⁴⁷ Come osservato da S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?*, cit., in tal modo «si mutuano, espandendoli, i parametri fino ad oggi presupposto per il dibattimento a distanza nei soli casi di procedimenti in materia di criminalità organizzata per allargare a dismisura la portata dell'istituto, destinato evidentemente – a volere scrutare la *voluntas legis* – a diventare sempre più la “normalità” nei dibattimenti che vedono coinvolti soggetti non in libertà, qualunque sia la natura del procedimento che ha originato lo *status detentionis*».

⁴⁸ G. PIZIALI, sub art. 77 *Riforma Orlando*, loc. cit., sottolinea come in tal caso la disposizione possa dar luogo a «problematiche organizzative, atteso che, a differenza del soggetto detenuto, rispetto al quale il giudice ha l'onere di disporre la traduzione per l'udienza, per il soggetto libero, ammesso a programmi o misure di protezione, dovrà essere predisposta un'udienza in remoto, senza, però, sapere se l'imputato si recherà presso la postazione remota, essendo libero di non partecipare al proprio dibattimento».

Peraltro, mentre il “telesame” viene configurato come facoltativo, la “videopartecipazione” risulta invece in simili ipotesi obbligatoria.

Va notato come la integrale riscrittura del comma 1-*bis*, concernente ora la posizione delle persone ammesse a programmi o misure di protezione, determini un rilievo, peraltro agevolmente risolubile in chiave interpretativa. È infatti stato eliminato il riferimento alla partecipazione al dibattimento a distanza nelle ipotesi in cui si proceda nei confronti di detenuti ai quali sono state applicate le misure di cui all’art. 41-*bis* dell’ordinamento penitenziario.

Peraltro, a conferma del fatto che in questo caso opera comunque il meccanismo in esame, basta esaminare il testo del successivo comma 1-*ter*, volto ad ammettere che il giudice possa derogare al meccanismo della partecipazione a distanza, disponendo invece la fisica presenza dei soggetti «ad esclusione del caso in cui sono state applicate le misure di cui all’articolo 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni», evidenziando in tal modo come per i soggetti detenuti ai sensi dell’art. 41-*bis* la partecipazione a distanza al dibattimento risulti assolutamente ineludibile.

Proseguendo nella disamina delle modifiche che hanno interessato l’art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. dobbiamo infine segnalare l’inserimento del comma 4-*bis*, in base al quale in tutti i processi ove si procede con il collegamento audiovisivo «il giudice, su istanza, può consentire alle altre parti e ai loro difensori di intervenire a distanza assumendosi l’onere dei costi del collegamento».

In sede di primo commento a tale previsione è stato affermato che la norma forse dice meno di quanto in realtà il legislatore intendesse esprimere «atteso che pare implicito dover ritenere che la parte e il proprio difensore potranno “intervenire a distanza” solo dal luogo in cui si deve attivare la partecipazione a distanza dell’imputato o del testimone, non già da un diverso luogo»⁴⁹.

Tale affermazione in realtà non appare così scontata. In primo luogo il comma 4-*bis* va comunque coordinato con il testo del precedente terzo comma, non interessato dalla riforma Orlando, in base al quale il meccanismo della partecipazione a distanza può concernere la posizione «di più imputati che si trovano, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in luoghi diversi». In questo caso, evidentemente, le «altre parti» alle quali fa riferimento il comma 4-*bis* devono quantomeno essere poste in condizione di optare per uno qualunque dei luoghi ove risultano operanti i collegamenti a distanza, ai sensi del precedente comma 3.

Non si vede peraltro perché, qualora ad esempio si sia in presenza di una parte civile a sua volta detenuta in relazione ad altro titolo di reato, essa non possa avvalersi del meccanismo della partecipazione a distanza nel luogo ove si trova incarcerata.

La riforma Orlando, per quanto concerne il tema delle videoconferenze, ha interpolato anche norme ulteriori rispetto all’art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., e già in precedenza ad esso coordinate, in un’ottica volta ad estendere l’area di operatività della partecipazione a distanza.

⁴⁹ G. PIZIALI, sub art. 77, cit., 3527.

È stato così modificato l'art. 45 disp. att., concernente le udienze in camera di consiglio, al fine di coordinare detta disposizione con le modifiche apportate all'art. 146-bis disp. att.

Analogamente è stato modificato, sempre a fini di coordinamento, il disposto dell'art. 134, comma 1, disp. att., volto ad estendere al giudizio abbreviato celebrato in pubblica udienza le previsioni relative alla partecipazione a distanza al dibattimento.

È stato inoltre sostituito l'ottavo comma dell'art. 7 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, prevedendosi ora che per l'esame dei testimoni nel giudizio di prevenzione debbano applicarsi i criteri di cui agli artt. 146-bis e 147-bis disp. att. c.p.p.

Consequentemente il legislatore ha voluto che anche nel giudizio di prevenzione l'esame a distanza diventi il meccanismo ordinario, fatta comunque salva la possibilità di deroghe motivate, alla luce della previsione contenuta nel comma 1-ter dell'art. 146-bis disp. att.

Un ultimo riferimento riguarda infine il *dies a quo* a partire dal quale possono dirsi efficaci le disposizioni finora esaminate. L'art. 81 della riforma Orlando introduce un meccanismo piuttosto complesso e variegato. È stato infatti previsto che le disposizioni di cui ai commi 77, 78, 79 e 80, concernenti, rispettivamente, gli artt. 146-bis, 45-bis e 134-bis comma 1 disp. att., nonché l'art. 7 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione acquistino efficacia decorso un anno dalla pubblicazione della legge nella Gazzetta Ufficiale « fatta eccezione per le disposizioni di cui al comma 77, relativamente alle persone che si trovano in stato di detenzione per i delitti di cui agli articoli 270-bis, primo comma, e 416-bis, secondo comma, del codice penale, nonché di cui all'articolo 74, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni».

3. La necessità di una verifica e di una rimediazione del tradizionale approccio a questa tematica.

Per una corretta analisi in ordine all'eventuale compromissione di talune garanzie fondamentali, derivanti dal meccanismo delle videoconferenze, e per un correlativo approfondimento in ordine ai vantaggi da esso invece derivanti, occorre evitare un rischio spesso incombente nelle disamine attinenti a meccanismi che hanno subito varie stratificazioni ed interpolazioni normative. Spesso le prime valutazioni, concernenti l'impostazione originaria, vengono poi recepite e fatte proprie dai successivi commentatori ed interpreti, anche laddove siano successivamente venute meno le ragioni originarie che le ispiravano. A questa considerazione deve aggiungersene una più specifica, riguardante i meccanismi strettamente ricollegati all'uso della tecnologia. Avviene infatti con quasi uniforme costanza che inizialmente siano mossi dei rilievi critici dovuti ai difetti di metodologie ancora non evolute, e che essi influenzino l'analisi di queste tematiche, anche qualora i problemi tecnici risultino poi ampiamente superati grazie all'evolversi delle strumentazioni.

Con riferimento ai collegamenti video acustici, veniva lamentata l'insufficienza del livello tecnico delle apparecchiature utilizzate⁵⁰, ed in particolare la sussistenza di un ritardo temporale tra il momento in cui era fornita l'immagine e quello in cui perveniva invece il suono, o tra la formulazione delle frasi ad opera dei soggetti presenti nell'aula di udienza e la loro percezione da parte del soggetto collegato; risultava così parzialmente compromessa l'efficacia del contraddittorio, non più caratterizzato in tal caso da una serie incalzante di domande, volte ad esigere subitanee risposte, e trasformato invece in qualcosa di assai diverso, con "tempi di riflessione" a favore del soggetto esaminato che rischiavano di andare a tutto discapito della genuinità e spontaneità delle sue risposte.

Si osservava altresì come le riprese audio fornissero spesso un'immagine sfocata dei soggetti, inidonea a permettere di tener conto dei cosiddetti tratti prosodici o paralinguistici dell'espressione⁵¹.

Nel rimarcare l'importanza «dell'atonia dello sguardo, di un fremito nervoso, degli occhi che dicono di sì mentre la voce dice di no»⁵², veniva sostenuto che tali indici di attendibilità del dichiarante risultano «percepibili sono a seguito di un'osservazione *de visu*»⁵³.

Tali problematiche (a prescindere dal carattere meramente "emozionale" di simili valutazioni⁵⁴) sono state risolte, in quanto attualmente l'utilizzo delle videoconferenze permette di offrire, almeno nella generalità dei casi, un campo d'immagine ed una resa in termini di nitidezza assolutamente perfetti⁵⁵ (si assiste in tal modo a qualcosa di simile a quanto avviene in tema di copie di documenti, ove il progresso tecnologico ha fatto sì che non sia più dato ravvisare visivamente la differenza tra la copia ed il suo originale).

Questa evoluzione appare estremamente importante, in quanto «le modalità tecniche del collegamento incidono direttamente sul piano della compatibilità del meccanismo con i principi tradizionali che informano il processo»⁵⁶.

⁵⁰ V. in tal senso G.P. VOENA, *L'esame a distanza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 126.

⁵¹ Al riguardo P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in *Id.*, *Studi sul processo penale*, vol. II, Torino, 1992, 181, osserva che ci si può servire «di questi tratti per la critica della deposizione che essi stessi veicolano, connotandola positivamente o negativamente».

⁵² P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, loc. cit.

⁵³ R. A. RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di "durata ragionevole" del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000, 834.

⁵⁴ Al riguardo A. MELCHIONDA, sub art. 147-bis disp. att., in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Secondo aggiornamento, cit., 324, sottolinea come l'importanza di tali elementi, legati al contegno o atteggiamento comportamentale del soggetto esaminato, non vada sopravvalutata, affermando anzi che si dovrebbe quanto più possibile «evitare [...] le presunte valutazioni psicologiche, che rischiano di essere nulla più che personali suggestioni». Risulterebbe del resto irrilevante la "sensazione" da parte del giudice che un soggetto stia mentendo, qualora nessun elemento corroborasse detta impressione, né certamente potrebbe emettersi una pronuncia sulla base di dati "emozionali" privi di riscontro probatorio.

⁵⁵ In ordine alla possibilità di «offrire la migliore credibilità di una visione tridimensionale, oltre alla percezione sonora» v. A. MELCHIONDA, sub art. 146-bis disp. att., cit., 181.

⁵⁶ Cfr. G. PIZIALI, *Il dibattito nelle norme di attuazione del c.p.p.*, cit.⁸⁹.

Non può d'altra parte sostenersi, con riferimento al "telesame", che vengano persi i tratti prosodici o paralinguistici, essendosi anzi riconosciuto che «l'esame a distanza [...] permette al giudice e alle parti di concentrare con maggiore intensità l'attenzione sulla mimica del volto di chi depone nella posizione remota»⁵⁷, in quanto possono essere colti dei particolari che in udienza verrebbero probabilmente ignorati⁵⁸.

Analoghe considerazioni valgono in relazione ai colloqui "riservati" tra l'avvocato ed il suo assistito, collocato in una postazione "remota".

Inizialmente tale riservatezza era ben lungi dall'essere garantita, a causa di carenze tecniche, e non mancò addirittura un caso in cui l'ausiliario presente nel luogo in cui si trovava l'imputato decise di redigere un'informativa in ordine a quanto aveva appreso udendo il colloquio intercorso tra il predetto imputato ed il suo avvocato.

Anche in tal caso la situazione è ora assai diversa, grazie alla predisposizione di apposite cabine destinate a tale scopo.

Ovviamente, il fatto che la tecnica permetta sempre più di equiparare il "virtuale" al "reale" non può indurre alla semplicistica conclusione dell'assoluta "interscambiabilità" tra questi due mondi, dovendosi al riguardo accogliere il monito di chi prudentemente rileva che «l'apparato tecnologico può [in modo sempre più valido] accrescere il livello di equiparazione tra partecipazione a distanza e presenza, senza, però, poter [mai] consentire la conclusione che le due situazioni siano identiche»⁵⁹.

Esaurite queste considerazioni, occorre sgombrare il campo da impostazioni che sembrano ispirate unicamente da pregiudizi in chiave antitecnologica.

Si afferma infatti generalmente, in maniera apodittica, che nella videoconferenza «la stessa possibilità di difesa degrada ad uno stadio tale che non assicura la garanzia di un pieno ed incondizionato contraddittorio, limitato irragionevolmente proprio sul delicato terreno dei procedimenti per reati di criminalità organizzata»⁶⁰.

Di per sé, peraltro, i principi del contraddittorio, inteso come garanzia e mezzo di difesa ed al contempo come criterio epistemologico, come strumento dotato di ineguagliabile efficacia "maieutica"⁶¹, nonché i canoni dell'oralità e dell'immediatezza non risultano maggiormente rispettati a seconda che la distanza spaziale tra i vari partecipanti al processo sia di un metro o di dieci metri, e che le immagini vengano o meno percepite mediante lo schermo di un video o di una lente⁶², giacché altrimenti

⁵⁷ G.P. VOENA, *L'esame a distanza*, cit., 118.

⁵⁸ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, Milano, 2011, 549.

⁵⁹ G. PIZIALI, *Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza*, cit., 78. In senso maggiormente critico v. invece G.P. VOENA, *Il telesame*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999, 83: «la differenza tra la presenza fisica nell'aula di udienza e quella che si realizza con il collegamento telematico non è riducibile a zero poiché la distanza tra i due fenomeni, anche utilizzando le tecnologie più sofisticate, resta, in ogni caso, incommensurabile».

⁶⁰ F. ALESSANDRONI, *Videotestimonianza, esigenze del contraddittorio e diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1997, 2903.

⁶¹ Cfr. G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, *Dir. proc. pen.*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988.

⁶² In senso difforme v. peraltro G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *AA.VV., Le nuove leggi penali*, cit., 389 e 390, secondo cui in tal caso finirebbe con l'essere compromesso il *right of confrontation*, che non potrebbe dirsi rispettato da «un confronto con uno schermo televisivo». Si afferma anzi (*ivi*, 391), che la normativa sulle videoconferenze si traduce in «una vera e propria sottovalutazione

potrebbe ironicamente affermarsi che chi porta gli occhiali vede comunque depotenziati, nei suoi confronti, tali principi.

Un contatto tra due soggetti può essere considerato “diretto” e “immediato” purché costoro, pur trovandosi a distanza magari di centinaia di chilometri, possano vedersi e dialogare mediante collegamento audiovisivo, come ben dimostra, nella delicatissima materia dell’insegnamento, ove il rapporto interpersonale risulta fondamentale, l’esperienza dei corsi *on-line*, ormai tenuti da numerose Università.

È stato giustamente osservato, alla luce di un’impostazione in qualche modo “fuori dal coro” che il collegamento audiovisivo rappresenta un «felice punto di equilibrio» fra la necessità di tutelare esigenze di sicurezza dei soggetti partecipanti al processo ed i principi dell’oralità e del contraddittorio⁶³.

L’imputato può avvalersi, in remoto, di tutti i diritti che potrebbe esercitare in caso di presenza fisica nell’aula di udienza⁶⁴.

Né va sopravvalutato il rischio, derivante dalla lamentata rottura della dimensione spaziale dell’udienza (a cui peraltro, almeno formalmente, il legislatore ha ovviato in virtù del quinto comma dell’art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., volto ad equiparare all’aula di udienza il luogo ove l’imputato si collega in audiovisione⁶⁵), di una totale smaterializzazione del processo, di una sua celebrazione meramente “virtuale”⁶⁶.

del’essenza e delle potenzialità gnoseologiche dell’escussione probatoria orale e dialettica, che si estrinsecano nell’esame e nel controesame», sostenendosi che esame e controesame non possono prescindere «dal “faccia a faccia” tra interrogante e interrogato».

⁶³ Cfr. O. MAZZA, *Pubblicità e collaboratori della giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1529.

⁶⁴ Non appare condivisibile l’impostazione accolta da Cass., sez. fer., 1° agosto 2013, n. 35729, Agrama e altri, in *CED Cass.*, n. 256575, secondo cui l’imputato che partecipa all’udienza mediante videoconferenza non sarebbe legittimato a rendere spontanee dichiarazioni, possibili solo in caso di presenza “fisica” al dibattimento.

⁶⁵ Come osservato da M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza*, cit., 164 «L’equiparazione del luogo di postazione remota all’aula di udienza comporta la doverosa applicabilità, in quanto compatibili con la specifica situazione, delle disposizioni concernenti l’udienza. In particolare, toccherà al presidente la disciplina dell’udienza altresì per il luogo remoto, con il potere di decidere senza formalità sulle questioni insorgenti: dato il collegamento fra il luogo “virtuale” e quello “reale”, dovrebbero rientrare fra le questioni da risolvere pure quelle concernenti la qualità della trasmissione audiovisiva, l’inquadratura, la collocazione dei *monitors* e simili». Comunque almeno secondo A. MELCHIONDA, sub art. 146-*bis* disp. att., cit., 183, la disposizione volta a stabilire detta equiparazione sarebbe «di modestissimo rilievo», fatta salva l’ipotesi in cui nel locale video collegato vengano commessi dei reati. Detto A. sottolinea infatti «la generale indifferenza dell’ordinamento processuale per la “dimensione spaziale degli atti”».

⁶⁶ Peraltro, chi si esprime in termini critici nei confronti di questo meccanismo, dopo aver lamentato lo scardinamento dell’impostazione tradizionale in base alla quale l’udienza dovrebbe rappresentare «il luogo dove “sta” il giudice davanti al quale si presentano le parti e si rappresentano le prove e che poi pronuncia la decisione in un contesto spaziale (e temporale) unico e unitario», nel definire “subdola” la disciplina sulle videoconferenze giudiziarie e nel rilevare come in tal modo «per taluni soggetti in talune situazioni lo spazio del procedimento, del processo, dell’udienza, dell’atto non è più lo spazio fisico, reale, cioè quello previsto dalla legge, nel quale si realizza la presenza della persona davanti al giudice e/o alle parti » ricava proprio dalla formale equiparazione operata dal quinto comma dell’art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. una conferma all’artificiosità dell’intero meccanismo, rilevando che «di una equiparazione autoritativa *ex lege* non vi sarebbe alcun bisogno, se questa forma “nuova” di partecipazione equivallesse sostanzialmente,

Come è stato giustamente sottolineato, in caso di adozione del meccanismo delle videoconferenze «non è virtuale l'elemento di prova (la dichiarazione del teste), non è smaterializzata la fonte di prova (il soggetto da cui può derivare un elemento), nemmeno il mezzo (la testimonianza, l'attività per introdurre nel procedimento un elemento di prova)⁶⁷».

Spostando il piano di analisi, occorre comunque rilevare come spesso venga data per scontata la compromissione, ad opera di tale meccanismo, di fondamentali valori costituzionali, senza adeguatamente considerare che la Consulta ha invece escluso che dai collegamenti audiovisivi derivi una violazione a tali principi. In particolare, la pronuncia n. 342 del 1999, sottolineando che «l'affermazione secondo cui difesa e presenza fisica rappresenterebbero i termini di un inscindibile binomio è infondata», ha rilevato che un simile meccanismo risulta rispondente a detti canoni laddove i mezzi tecnici utilizzati siano idonei a garantire «l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento», precisando che nel caso di specie lo scrutinio aveva condotto ad un esito favorevole, in quanto gli strumenti all'uopo predisposti dal legislatore apparivano dotati di «incisività e completezza tali da rendere la normativa in questione aderente al principio sancito dall'art. 24» della Costituzione⁶⁸.

Detta soluzione è poi stata ribadita da una serie di successive declaratorie di manifesta infondatezza o di manifesta inammissibilità delle relative eccezioni di legittimità⁶⁹.

Potrebbe aggiungersi che il giudice delle leggi, con un'impostazione di fondo che in sostanza ha fornito l'avallo teorico alla linea accolta dalla riforma Orlando in sede di modifica dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p., è giunto al riconoscimento della conformità ai parametri costituzionali prescindendo dal condurre analisi incentrate sul giudizio di bilanciamento tra le presunte menomazioni garantistiche derivanti dal meccanismo in oggetto e la possibilità di tutelare valori di pari o più elevato rilievo costituzionale. In altri termini, ha ritenuto "di per sé" conforme a tali parametri il meccanismo delineato dal legislatore, stante l'idoneità della strumentazione prevista.

Occorrerebbe inoltre ricordare che pure la Corte europea dei diritti dell'uomo, in una decisione concernente proprio il nostro Paese, ha negato che l'adozione dello strumento della videoconferenza, come delineato dal legislatore italiano, configuri una lesione al diritto di difesa⁷⁰; infatti l'imputato in tal modo viene posto pienamente in

strutturalmente e funzionalmente» alla partecipazione «tipica»: cfr. G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, cit., 383-385.

⁶⁷ S. BUZZELLI, *Le videoconferenze transnazionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 333.

⁶⁸ Corte cost., sent. 22 luglio 1999, n. 342, in *Giur. cost.*, 1999, 2686 ss.; per un'analisi di detta pronuncia v. C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 79 ss.; R. A. RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di "durata ragionevole" del processo penale*, cit., 830 ss.

⁶⁹ Corte cost., ord. 9 marzo 2004, n. 88, in *Giur. cost.*, 2004, 2300 ss.; Corte cost., ord. 26 novembre 2002, n. 483, *ivi*, 2002, 4019 ss.; Corte cost., ord. 22 giugno 2000, n. 234, *ivi*, 2000, 1087.

⁷⁰ Corte e.d.u., 5 ottobre 2006, *Viola c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2007, 310 ss., ove venne sottolineato come in relazione a procedimenti per reati di mafia lo strumento della videoconferenza permetta di scongiurare il rischio che gli appartenenti alle organizzazioni criminali «possano, anche con la loro semplice presenza

grado di seguire lo svolgimento dibattimentale, segnalando eventualmente la sussistenza di eventuali problemi tecnici volti a rendere difficoltoso il collegamento; si è del resto sottolineato come lo strumento della videoconferenza risulti previsto anche da numerosi accordi di cooperazione transnazionale in materia penale.

Detta conclusione è stata successivamente riconfermata, in occasione di un'ulteriore vicenda giudiziaria (Sakhnovskiy c. Russia)⁷¹, sulla base di analoghe considerazioni, e alla luce di ampi richiami alla precedente decisione Viola c. Italia.

Va anzi osservato come i giudici di Strasburgo siano giunti, al contrario, a condannare uno Stato, e più precisamente la Finlandia, per violazione dell'art. 6, comma 1, della C.e.d.u., in quanto nella vicenda sottoposta al loro esame la mancanza di idonee apparecchiature tecniche aveva reso impossibile il ricorso allo strumento delle videoconferenze, imponendo in tal modo una serie di rinvii per permettere l'esame dei testi, con conseguente irragionevole dilatazione dei tempi processuali⁷².

Sulla base di queste considerazioni, alcuni interpreti hanno in effetti rilevato che tanto nella Costituzione che nelle fonti convenzionali «la partecipazione al processo dell'imputato è intesa in termini sostanziali, nel senso che la partecipazione dell'imputato all'udienza è da intendere come possibilità concreta di esercitare i diritti difensivi nel contraddittorio con l'accusa», aggiungendo che laddove egli sia comunque messo in condizione, mediante un idoneo collegamento audiovisivo, di «poter esercitare in modo pieno e completo tutta la gamma dei diritti e delle facoltà difensive riconosciutegli», viene in tal modo garantito il diritto ad essere presente al processo⁷³.

Appaiono del resto significative le indicazioni provenienti dagli organismi sovranazionali, ampiamente favorevoli all'utilizzo delle conferenze, e propensi anzi ad una loro ulteriore incentivazione, soprattutto per il raggiungimento di finalità di "tutela" dei dichiaranti, ed in particolare per proteggere le vittime ed i testimoni.

Ad esempio il Consiglio dell'Unione Europea, con la Raccomandazione C 250 del 31 luglio 2015, concernente le videoconferenze transfrontaliere⁷⁴, al punto 21, dopo aver sottolineato la necessità che le videoconferenze non pregiudichino i diritti della difesa e garantiscano il rispetto dei principi di immediatezza e del contraddittorio, precisa che tale risultato può essere raggiunto mediante «l'utilizzo di apparecchiature che siano aggiornate, al fine di conseguire un livello sufficiente di qualità audio e video, e sicure in misura proporzionale alla sensibilità del caso», mostrando in tal modo di ritenere che il principio del contraddittorio risulta pienamente rispettato in caso di ricorso alle videoconferenze, purché sia adeguato il livello tecnico delle apparecchiature⁷⁵.

nell'aula di udienza, esercitare pressioni indebite sulle altre parti del processo, in particolare sulle vittime e sui pentiti».

⁷¹ Corte e.d.u., Grande Camera, 2 novembre 2010, Sakhnovskiy c. Russia, par. 98 ss.; Corte e.d.u., 5 febbraio 2009, Sakhnovskiy c. Russia, par. 43.

⁷² Corte e.d.u., 8 dicembre 2009, Taavitsainen c. Finlandia.

⁷³ M. CASSANO, *Problemi e prospettive*, cit., 378.

⁷⁴ *Raccomandazione del Consiglio sul tema «Promuovere l'utilizzo e la condivisione delle migliori prassi in materia di videoconferenza transfrontaliera nel settore della giustizia negli Stati membri e a livello dell'UE»*, in G.U.U.E., 31 luglio 2015, C 250, 3.

⁷⁵ Per una disamina al riguardo v. S. BUZZELLI, *Le videoconferenze transnazionali*, cit., 327 e 328.

Va parimenti preso atto della diffusione delle videoconferenze transnazionali nell'ambito delle definizioni pattizie di assistenza giudiziaria tra Stati⁷⁶.

Né infine bisogna dimenticare che gli organismi di giustizia sovranazionale utilizzano frequentemente lo strumento delle videoconferenze.

4. L'indubbia sussistenza di fattori di turbamento, concernenti l'esercizio dell'attività difensiva, derivanti dal ricorso ai collegamenti a distanza.

Occorre però riconoscere, portando l'analisi sul piano della concretezza e della quotidiana pratica giudiziaria, che il meccanismo della partecipazione a distanza si traduce in una fonte di inevitabile pregiudizio per la piena esplicazione dell'attività defensionale.

Non a caso proprio gli avvocati hanno vigorosamente sottolineato la sussistenza di una simile criticità⁷⁷.

Sebbene, formalmente, «in presenza di un collegamento audiovisivo efficace [...] non sussistono ostacoli alla piena estrinsecazione di ogni facoltà connessa al diritto di difesa»⁷⁸, occorre fare al riguardo una considerazione piuttosto inusuale, osservando che un principio può essere vanificato non solo da una norma che ne impedisca il pieno esercizio ma anche da una situazione di fatto, contingente o duratura, che in sostanza, pur in assenza di formali preclusioni, ne renda difficile l'attuazione.

Si faccia il caso di un'aula di udienza ove si celebri un dibattito mentre opera un martello pneumatico che impedisce ai presenti di ascoltare quanto viene detto dai soggetti esaminati. In tal caso il principio del contraddittorio risulterebbe totalmente coartato. Analogamente, continuando con le esemplificazioni, se un'udienza dibattimentale si svolgesse in una torrida giornata estiva in un'aula con finestre bloccate e senza impianto di condizionamento, sarebbe ben difficile per le parti, spossate dal caldo, sviluppare tutte le potenzialità dell'escussione dibattimentale.

Venendo alla specifica materia in esame, un osservatore poco attento alla concreta realtà del mondo forense e alle sue psicologie, potrebbe affermare, sulla sola base dell'astratto dato normativo, che nessuna compromissione alla piena possibilità di esplicazione del mandato difensivo appare ravvisabile.

Ricordiamo infatti che il legislatore sembra delineare un meccanismo quasi perfetto, mediante la possibilità per il difensore di essere presente accanto all'imputato detenuto, affidando in tal caso ad un suo sostituto la presenza in aula, o, all'inverso, di

⁷⁶ M. BORDIERI, *L'impiego della videoconferenza nella cooperazione giudiziaria tra Stati*, in *Cass. pen.*, 2003, 1122 ss.; M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 983 ss.; ID., *Un primo caso di collegamento audiovisivo per una rogatoria per l'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 386; G. PIZIALI, *Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza*, cit., 85.

⁷⁷ V. sul punto le considerazioni, tuttora valide sotto molti aspetti, di E. RANDAZZO, *Il diritto di difesa "apre" alla tecnologia ma l'avvocato rischia la solitudine nel processo*, in *Guida dir.*, 1997, n. 7, 40.

⁷⁸ M. CASSANO, *Problemi e prospettive*, cit., 352.

rimanere nell'aula di udienza delegando al sostituto il compito di stare accanto all'imputato⁷⁹.

Risulta parimenti garantito a favore del difensore o del suo sostituto presenti nell'aula di udienza il diritto di «consultarsi riservatamente» con l'imputato, per mezzo di strumenti tecnici idonei.

Vediamo comunque quanto avviene in realtà, e non certo per colpa di una cattiva strumentazione. Supponiamo che il difensore decida di rimanere nell'aula ove si celebra il processo e di delegare ad un sostituto il compito di essere accanto all'imputato. È ben difficile ipotizzare una totale comunione di vedute tra il difensore ed il sostituto, magari nominato per la specifica occasione. Le rispettive impostazioni defensionali potranno così essere differenti; le indicazioni di volta in volta fornite dall'imputato nel corso del dibattimento verranno magari interpretate e valutate diversamente dal sostituto rispetto a quanto avrebbe fatto il *dominus* della causa, con conseguenti inevitabili incomprensioni, derivanti da questa anomala compresenza, accanto al difensore, di un sostituto che in realtà non lo sostituisce ma lo affianca⁸⁰.

Si potrebbe obiettare che per evitare simili problematiche il *dominus* potrebbe rimanere accanto al proprio cliente, nel luogo ove costui assiste al dibattimento mediante collegamento video.

Intervengono peraltro al riguardo fattori psicologici ostativi di cui non può non tenersi conto. Il difensore, al pari del pubblico ministero, generalmente ama «padroneggiare» la scena processuale, in cui riveste una posizione di primo piano. Sono frequenti, e spesso producono effetti spettacolari, gli scatti improvvisi, le plateali espressioni di disappunto; non è raro assistere ad un difensore che alza le braccia o corruga visibilmente la fronte. Tali espressioni gestuali sarebbero invece del tutto ridicole ed impensabili qualora fossero poste in essere da un luogo «remoto». Il difensore collocato accanto al suo assistito si sentirebbe in tal modo escluso dalla scena processuale, relegato in una posizione forzatamente marginale.

Oltretutto lo schermo, il video, in qualche modo «imbarazza» ed induce ad atteggiamenti stereotipati, asettici. Stranamente, questo non avviene con l'utilizzo dei cellulari. È di comune esperienza vedere persone che ridono o piangono, che producono smorfie in presenza di notizie apprese dal cellulare, come se il proprio interlocutore fosse di fronte ad essi; questo non capita invece in caso di utilizzazione di apparecchiature video, che generalmente producono un effetto ben diverso dal punto di vista psichico,

⁷⁹ In passato, a dire il vero, questa possibilità di «doppia presenza» del difensore e di un suo sostituto risultava esclusa per gli ammessi al gratuito patrocinio a spese dello Stato, stante l'impossibilità per tali soggetti di fruire dell'assistenza di due difensori di fiducia. Il problema peraltro venne risolto per effetto della modifica effettuata in materia dalla l. 29 marzo 2001, n. 134, che ammise la nomina di due difensori proprio con riferimento all'ipotesi delle videoconferenze, con la precisazione peraltro, di cui all'art. 100 di detta legge, che in tal caso la nomina di un secondo difensore avrebbe potuto avvenire «limitatamente agli atti che effettivamente si compiono a distanza».

⁸⁰ Cfr. A. MELCHIONDA, sub *art. 146-bis disp. att.*, cit., 180, sottolinea come detta ipotesi risulti caratterizzata da una «situazione di contestuale, ancorché logisticamente diversa, compresenza funzionale».

operando in chiave di “allontanamento” e di “irrigidimento” negli atteggiamenti esteriori.

Analoghe criticità concernono i “colloqui riservati”. Se gli iniziali problemi tecnici sono oggi stati superati mediante l’introduzione di apparecchiature altamente sofisticate, rimane il fatto che in tal modo il difensore finisce per concentrarsi su tale colloquio, perdendo di vista ciò che avviene in sede dibattimentale.

A dire il vero, anche se questo aspetto viene spesso dimenticato, simile problema non caratterizza solo la partecipazione a distanza al dibattimento. Si pensi infatti a tutte le ipotesi il cui l’imputato assiste all’udienza all’interno di una gabbia di sicurezza, a causa della sua particolare pericolosità; in tal caso il difensore è costretto a recarsi da lui per interloquire, con conseguente temporanea perdita del quadro visivo riguardante i giudici e il pubblico ministero.

Sotto questo aspetto l’obbligatorietà della partecipazione al dibattimento a distanza per i soggetti sottoposti al regime penitenziario di cui all’art. 41 *bis* ord. penit., conseguente alla riforma Orlando, sembra dunque accrescere più che diminuire le possibilità di costanti colloqui tra difensore ed assistito nel corso dell’escussione dibattimentale.

Una delle limitazioni cui gli imputati sottoposti al regime del 41-*bis* sono sottoposti consiste nella loro partecipazione alle udienze all’interno di gabbie di protezione; se l’avvocato vuole consultarsi con il proprio assistito, deve dunque abbandonare la propria posizione in aula. Dunque «diventa addirittura più utile al fine di un interscambio continuo e tempestivo, lo svolgimento del processo tramite videoconferenza. In questo modo, infatti, il difensore e il detenuto potranno comunicare in ogni momento dell’udienza, e anche per tutta la durata della stessa»⁸¹.

Pur tenendo conto di quest’ultimo rilievo, le criticità sono comunque numerose, e non possono venire sottaciute.

È stato ad esempio giustamente rimarcato che non tutte le attività difensive si possono svolgere dalla postazione remota «con evidenti riflessi sul compimento di alcune attività tipiche, quali la produzione di documenti, l’esame di documenti prodotti da altre parti, l’allegazione di verbali da sottoporre al consenso delle altre parti»⁸².

5. Rilievi di fondo.

Occorre anche in questa materia privilegiare un’ottica equilibrata, aliena sia da tribunizie “demonizzazioni” sia da astratti entusiasmi nei confronti del “nuovo” e verso

⁸¹ R. A. RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze*, cit., 833.

⁸² Cfr. G. PIZIALI, *Il dibattimento nelle norme di attuazione del c.p.p.*, cit., 94 e 95. Detto A. al riguardo evidenzia le possibili soluzioni, che comunque costituirebbero causa di ritardi temporali: «la produzione e l’allegazione effettuata dal difensore non potrà che avvenire a mani dell’ausiliario presente presso la postazione remota, posponendosi di conseguenza ad un momento successivo la valutazione ad opera delle altre parti e del giudice; mentre rispetto alla produzione o allegazione effettuata dalle altre parti si dovrà rinviare ad un altro momento ogni valutazione da parte del difensore».

forme di procedimenti “virtuali”, nella consapevolezza che «le tecnologie debbono rimanere al servizio della giustizia (e non viceversa), per non mettere a repentaglio i diritti fondamentali»⁸³.

Al di là delle astratte enunciazioni, uno strumento di contemperamento delle opposte esigenze esiste ed è stato espressamente delineato dal legislatore, con una disposizione che ha costituito oggetto dell'intervento modificativo operato dalla riforma Orlando. Intendiamo in tal modo fare riferimento al comma 1 *ter* dell'art. 146 *bis* disp. att., in base al quale, fatte salve le ipotesi di soggetti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* dell'ordinamento carcerario, «il giudice può disporre con decreto motivato, anche su istanza di parte, la presenza alle udienze delle persone indicate nei commi 1 e 1-*bis* del presente articolo qualora lo ritenga necessario».

Risulta in tal modo sensibilmente ampliata la possibilità di un ritorno alla “fisicità” del dibattimento rispetto alla precedente impostazione legislativa, che menzionava detta possibilità solo nell'ambito della previsione contenuta nel settimo comma dell'art. 146-*bis* disp. att., in base al quale «se nel dibattimento occorre procedere a confronto o ricognizione dell'imputato o ad altro atto che implica l'osservazione della sua persona, il giudice, ove lo ritenga indispensabile, sentite le parti, dispone la presenza dell'imputato nell'aula di udienza per il tempo necessario al compimento dell'atto».

Ovviamente la facoltà così introdotta, legata a valutazioni a carattere discrezionale⁸⁴, non deve essere utilizzata come una sorta di grimaldello volto a scardinare, in un'ottica radicalmente dissonante dal regime della partecipazione a distanza, l'intero sistema delle videoconferenze, mediante un ricorso costante ed uniforme al regime di cui al comma 1-*ter*.

Occorre invece utilizzare detta potenzialità in maniera conforme agli scopi a cui essa evidentemente è stata preordinata, ed in particolare quale prezioso strumento volto a tener conto delle istanze di parte, a condizione, ovviamente, che dette istanze non consistano in mere prese di posizione critiche sui collegamenti a distanza e pongano invece in luce, in maniera attenta e consapevole, le esigenze di ogni singolo caso. Un «uso sapiente»⁸⁵, dunque, come è stato affermato in dottrina, tendente ad attenuare le rigidità di questo modello virtuale di partecipazione al procedimento.

⁸³ S. BUZZELLI, *Le videoconferenze transazionali*, cit., 335.

⁸⁴ S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?*, cit., lamenta appunto l'eccessivo tasso di discrezionalità correlato a tale impostazione.

⁸⁵ M. GIALUZ – A. CABIALE – J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando*, cit.