

IL PROCEDIMENTO A DISTANZA AL SERVIZIO DELLA PANDEMIA

Liliana Cataldi



[Cass., sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 2213](#)

In tema di diritto di difesa, la mancata partecipazione a distanza mediante videoconferenza conformemente a quanto disposto dall'art. 146-bis. D. lgs. 18 luglio 1989, n. 271, dell'imputato o dell'indagato che ne abbia fatto richiesta, integra una nullità assoluta ed insanabile, stante la violazione del suo diritto a partecipare all'udienza camerale, a nulla rilevando la circostanza che il difensore presente all'udienza nulla abbia eccepito in quella sede. Cassazione, Sezione Sesta, 19 gennaio 2021, (ud. 19 novembre 2020) – Petruzzellis, Presidente – Amoroso, Relatore – Orsi, PM.

Abstract: *La sentenza della Suprema Corte affronta, per la prima volta, la problematica del procedimento a distanza in seguito alla emanazione della normativa d'emergenza dovuta al Covid-19. Ciò costituisce lo spunto per importanti riflessioni soprattutto con riferimento alla tutela dei diritti costituzionalmente garantiti e della morfologia del processo penale.*

Abstract: *The judgment of the Supreme Court addresses, for the first time, the problem of remote proceedings following the enactment of emergency legislation due to Covid-19. This is the starting point for important reflections especially with reference to the protection of constitutionally guaranteed rights and the morphology of the criminal process.*

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il procedimento a distanza. - 3. La questione sottoposta al Collegio. - 4. La sentenza. - 5. Emergenza da processo in streaming?

1. «E c'era gente radunata in piazza: qui una contesa scoppiava: due uomini litigavano per il compenso d'un morto; uno dichiarava d'aver dato tutto, dicendolo in pubblico, l'altro negava d'aver avuto niente: entrambi ricorrevano al giudice, per aver un verdetto il popolo applaudiva entrambi, favorevoli ora a questo ora a quello; gli araldi trattenevano il popolo; i vecchi sedevano in sacro cerchio su pietre levigate, tenevano in mano i bastoni degli araldi dalle voci possenti, con questi allora si alzavano e dicevano a turno il parere; in mezzo stavano due talenti d'oro, da dare a chi di loro dicesse più equa sentenza»^[1].

I celebri versi omerici in descrizione dello Scudo Di Achille rimandano immaginificamente ad una primordiale rappresentazione del processo penale occidentale^[2] inteso quale genetica espressione di una forma di giustizia tesa alla attuazione dei principi di oralità^[3], di formazione della prova in contraddittorio e di immediatezza nell'accertamento in materia penale.

Ebbene, una tale immagine concede la reviviscenza delle prime forme processuali di cui abbiamo notizia: dai

tribunali ellenici[4] con la giurisdizione del collegio degli anziani, all'Aereopago ateniese sino all'avvento di forme ancor più democratiche quale lo svolgimento del processo presso la Corte di Giustizia dell'Ellea composta da soli membri del popolo[5].

Ancorché non si possa già pensare a forme processuali, per così dire compiute, quali – nei profili meno contaminati - quelle contemporanee, il richiamo ai procedimenti classici afferma un'ideale fortemente ancorato al modello accusatorio[6] sostanziato nell'equi presenza di tutti i soggetti processuali con una imparzialità di mezzi a disposizione per l'accusante e l'accusato; come accadeva, sovente, anche nel diritto romano benché il noto dualismo delle relative formule processuali[7].

Dunque, i richiami testé operati non vogliono che rappresentare un termine di paragone per coloro i quali si cimentino nel figurarsi quale sia e quale è stato il ruolo effettivo dei tribunali e soprattutto quanto sia stata e quanto è inviolabile l'intervento nel proprio processo da parte del soggetto ritenuto presuntivamente responsabile di un fatto penalmente rilevante[8].

A tal riguardo non resta che chiedersi, se dovessimo attualmente immaginare il procedimento penale cosa verrebbe in mente?

In virtù delle recenti innovazioni apportate con la legislazione emergenziale[9] si potrebbe pensare ad un'opera di arte visiva raffigurante un insieme di *tablet* superficialmente coordinati, partecipati da soggetti piatti, talora con una scarsa connessione ad Internet[10]. All'evidenza, dunque, una parvenza assai distante dalle raffigurazioni omeriche concedenti al rito penale la necessaria sacralità formale e sostanziale.

2. *Il procedimento a distanza.* La storia dell'istituto è profondamente segnata da interventi di c.d. legislazione d'emergenza distinta, come noto, dalla mutevolezza del contesto sociopolitico di riferimento e generatasi, almeno in una prima fase, nell'ottica di un bilanciamento di interessi costituzionali[11]

Difatti, l'ingresso nel nostro ordinamento del procedimento a distanza si deve alla legislazione antimafia del 1992[12] con la quale venne introdotto a sistema l'esame a distanza (art. 147-*bis* disp. att. c.p.p.) dei collaboratori di giustizia nella prospettiva di una dura lotta alla criminalità organizzata al fine di evitare la traduzione in udienza di taluni soggetti ritenuti pericolosi a garanzia dell'ordine pubblico, della incolumità personale e della genuinità della prova[13].

Sempre in un'ottica di transitorietà, l'istituto venne successivamente ampliato con una modifica all'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. tramite la l. n. 11/1998 dispositiva della possibilità di presenziare al processo mediante teleconferenza ossia con il vero e proprio intervento a distanza mirando, pertanto, al (non condivisibile)

conseguimento di un'equipollenza tra l'aula di tribunale nella quale si svolgeva il processo e la postazione da remoto[14] alla quale aveva accesso il soggetto *in vinculis*, nel novero del doppio binario.

In particolare, era ammesso il collegamento da remoto per alcuni soggetti detenuti al ricorrere di tre condizioni, oggettive e soggettive, enumerate all'articolo succitato e connotate da non poca approssimazione[15].

Ebbene da una normativa che, *ab origine*, avrebbe dovuto essere contraddistinta da emergenzialità e provvisorietà[16] si era venuto a creare, invero, un compiuto sistema ad ampio raggio rivelatosi terreno assai fertile per la dilatazione dei contenuti delle norme legittimanti una tale alternativa partecipazione a processo: la novella del 1998, sebbene avrebbe potuto avere vigenza sino al 2000, nello stesso anno, tramite una netta abrogazione, divenne legge. A tal riguardo, non può essere omesso il richiamo alla questione di legittimità sollevata nel 1998 e risolta con un giudizio di infondatezza espresso dalla Corte Costituzionale[17], la quale ha meramente ribadito la necessità di una assimilazione istituzionale tra il luogo fisico dell'udienza penale e quello virtuale nonché l'attuazione del diritto di difesa nella forma della più ampia accessibilità al confronto tra difensore ed assistito con profili di tutela della relativa riservatezza.

La Riforma Orlando[18] sembrava essere il capitolo finale della superfetazione normativa d'emergenza dacché con la novella era stato ulteriormente ampliato il novero dei casi rispetto ai quali poter disporre l'applicazione della disciplina sul processo a distanza[19] con il venir meno delle condizioni oggettive e soggettive richieste dalla precedente formulazione dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. disponendo la obbligatoria partecipazione da remoto postulando che l'imputato ovvero l'indagato fosse detenuto e processato per taluno dei delitti di cui agli artt. 51, co. 3-*bis* e 407, co. 2, lett. a), n.4) c.p.p.

Si addiveniva, dunque, ad una disciplina che ordinariamente permetteva l'inserimento a sistema di una modalità di procedersi, di converso, caratterizzata da specialità. Non soccorre, a tal riguardo, riportare alla luce le vaste limitazioni dei diritti costituzionalmente garantiti operate con la Riforma: basti porgere l'attenzione alla natura primigenia del giusto processo[20] per addivenire alla scontata conclusione in termini di pacifico trionfo di una logica della denigrazione delle forme, dei principi e dei diritti garantiti a vantaggio della speditezza del processo, oramai, virtuale[21].

È nel segno della cattiva sorte che il procedimento a distanza ha trovato, da ultimo, una supplementare affermazione: nel pieno della più eterogenea delle emergenze che abbia mai colpito il Paese tradottasi nella pandemia da Covid-19, il Governo ha decretato[22] una ulteriore smaterializzazione[23] del processo penale per i soggetti privi dello *status libertatis* attraverso un dichiarato bilanciamento d'interessi - costituzionalmente orientato - tra il diritto alla salute ed il diritto di difesa[24].

Il riferimento è all'art. 83 (d. l. 17 marzo 2020, n. 18) che nella sua prima stesura prevedeva, in linea generale,

un arco temporale di arresto dell'attività giudiziaria ad eccezione della trattazione di taluni procedimenti urgenti richiamati al co. 12 rispetto ai quali si sarebbe dovuto procedere ex art. 472 c.p.p. ovvero, ove possibile, tramite l'attivazione dello strumento della videoconferenza.

Più in particolare, per quanto attiene alla tematica oggetto di trattazione, tramite un successivo emendamento[25] al "Cura Italia", all'art. 83 sono stati adottati i commi 12- *bis*, 12- *ter*, 12-*quater*, 12-*quinqües* con i quali sono stati estesi[26] i casi da trattare tramite udienze con collegamenti da remoto sino alla vigenza dello stato di emergenza sanitaria.

La normativa *de quibus* è stata ulteriormente riaffermata - in segno di continuità nella risposta alla necessità sanitaria - con il Decreto Ristori[27]: all'art. 23 si rinviene il prolungamento contenutistico delle disposizioni appena richiamate.

Le novità legislative introdotte dal Decreto non sono di poco conto soprattutto, a titolo esemplificativo, se si pone l'attenzione alla circostanza secondo cui la regolazione dello svolgimento della video-udienza spetta concretamente ad un soggetto facente capo alla pubblica amministrazione[28]. Ciò, all'evidenza in aperta contraddizione con la ribadita esigenza di salvaguardia del contraddittorio e dell'effettiva presenza delle parti (*recte*, del giusto processo[29]): la norma, in poche battute, inserisce a sistema una notevole eccezione e poi ne vorrebbe consolidare la regola[30].

Ed ancora, solleva particolari dubbi circa eventuali deviazioni dal modello accusatorio[31] l'avvenuta legittimazione della cartolarizzazione del processo di appello e soprattutto quella prevista per i procedimenti dinanzi alla Suprema Corte da espletarsi nella forma di cui all'art. 127 c.p.p.[32]

3. *La questione sottoposta al Collegio.* La sentenza in commento, dunque, consente di percepire le conseguenze della posizione assunta dall'esecutivo "in tema giustizia" tanto con riguardo alla esplicazione concreta della disciplina emergenziale nel procedimento penale quanto rispetto alle relative violazioni e/o conseguenze.

La difesa del detenuto proponeva ricorso per Cassazione avverso una ordinanza emessa dal Tribunale di Torino in sede di appello cautelare. Segnatamente, l'indagato era sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere per avere fruito di false attestazioni nella partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica con l'aggravante della agevolazione in favore di una associazione mafiosa (art. 416- *bis*, co. 1 c.p.).

Il ricorso per cassazione presentava quale motivo unico la violazione di legge con riferimento alla omessa attivazione del (richiesto) collegamento audiovisivo ex art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., necessario per la presenza a distanza del detenuto alla udienza camerale per la trattazione dell'appello. La questione sottoposta al

Collegio interessava, dunque, data la vigenza della normativa emergenziale[33], la dichiarazione di nullità dell'udienza di cui all'art. 127 c.p.p. ai sensi degli artt. 178 co. 1 lett. c) e 179 co. 1 c.p.p. generata in seguito alla compressione del diritto all'intervento del detenuto alla camera di consiglio realizzando, altresì, di fatto, un difetto genetico della *vocatio in iudicium*[34].

4. *La sentenza.* Occorre premettere che la Sesta Sezione della Suprema Corte, tramite la sentenza in nota, si è pronunciata accogliendo le doglianze difensive e, per la prima volta, seppur incidentalmente, sulla disciplina e sulle sanzioni afferenti al procedimento a distanza così per come emendata in seguito all'intervento della legislazione d'emergenza.

La Corte ha esplicitamente affermato che l'imputato detenuto aveva correttamente avanzato la richiesta di intervento da remoto - almeno nove giorni prima della data dell'udienza - ai sensi dell'art. 83 co. 12 del D.L. 17 marzo 2020, n.18[35] nonché dell'art. 146-bis co. 6 c.p.p.

Di converso, dagli atti procedurali dell'appello cautelare, discendeva l'assenza del detenuto alla udienza camerale e la relativa mancata partecipazione a distanza in violazione delle succitate norme, sebbene il difensore non abbia eccepito l'assenza del proprio assistito nel corso della trattazione della udienza ai sensi dell'art. 127 c.p.p.

Pacificamente, in esito alla medesima udienza, il Tribunale avrebbe dovuto emettere un provvedimento affermando la nullità della stessa[36] in conformità ai dettami dell'art. 179 c.p.p.

Di qui, per l'appunto, la conseguente dichiarazione della nullità assoluta dell'udienza *ex art.* 127 c.p.p. [37] e del relativo provvedimento conclusivo: il Collegio ha comprovato la propria decisione sul presupposto giuridico tracciato antecedentemente dalla decisione delle Sezioni Unite[38], con riferimento ad un appello celebrato in seguito ad un giudizio abbreviato, aderendo ad un orientamento[39] secondo cui in virtù del combinato disposto tra l'ultimo comma dell'art. 443 e l'art. 559 co. 2 c.p.p. al procedimento camerale devono applicarsi le norme dibattimentali con riguardo alla garanzia di partecipazione del detenuto.

Di talché, la Corte, richiamando l'orientamento succitato, ha trasposto ed applicato il principio secondo cui *"[...] la mancata traduzione all'udienza camerale d'appello, perché non disposta o non eseguita, dell'imputato che si trovi detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, e che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire e che si trovi detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, determina la nullità assoluta e insanabile del giudizio camerale e della relativa sentenza, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento"*. [40]

La questione sottoposta alla Suprema Corte assume tanto più valore quanto più in ragione della vigenza

della normativa emergenziale da Covid-19 dacché all'art. 83 D.L. 18/2020 essa determina la garanzia dell'intervento in udienza nei confronti dei soggetti, a qualsiasi titolo detenuti, tramite lo strumento della videoconferenza cosicché, come avvenuto nel caso in esame, in assenza della relativa attivazione si incorre nella più grave sanzione processuale sancita dal nostro codice di rito.

Per quanto sia soddisfacente la pronunzia di annullamento senza rinvio, essa trae le mosse dalla erronea equiparazione tra la mancata attivazione del videocollegamento e la mancata traduzione dell'indagato ovvero dell'imputato ristretto, sull'assunto che in entrambe le situazioni processuali si verificherebbe una pacifica lesione del diritto all'autodifesa ed ancor prima del diritto di partecipazione[41].

Quanto a quest'ultimo, come già ampiamente affermato dalle Sezioni Unite nel 2010[42], per la Corte, in caso di omessa attivazione degli strumenti di videocollegamento, l'avviso di fissazione della udienza camerale non è da sola utile ad integrare la *vocatio in iudicium che può definirsi tale solo in quanto rivolta a chi ad essa sia in grado di rispondere*[43]. Più in particolare, gli Ermellini, riaffermando la necessità di attuare con estrema ragionevolezza la più ampia portata del diritto di partecipazione al proprio processo – così come riconosciuto anche dalla legge n. 47/2015 - hanno determinato, nel caso di specie, che l'avviso di cui all'art. 309, co. 8 c.p.p. risulta inidoneo a produrre gli effetti cui sarebbe naturale preposto.

5. *Emergenza da processo in streaming?* La sentenza in nota, se da un lato rileva ineccepibilmente la violazione di legge del Tribunale *de libertate*, altrettanto visibilmente, a parere di chi scrive, pone in evidenza la infondatezza del suo presupposto giuridico.

In particolare, ciò che dovrebbe essere censurato non è il provvedimento della Suprema Corte, bensì il difetto genetico in seno alla normativa vigente[44] ossia la *fictio legis* del rinvio espresso al co. 5 dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p.[45] che inserisce a sistema l'assimilazione tra aula materiale ed aula virtuale[46]. Aderendo correttamente al modello accusatorio, di contro ed a titolo meramente esemplificativo, si fa riferimento all'art. 146 disp. att. c.p.p.[47] che celebra correttamente la struttura del rito penale esaltandone le caratteristiche: dalla posizione fisica assunta dalle parti durante l'udienza, la quale consacra la loro equidistanza (*rectius*, la parità delle armi) alla terzietà dell'organo giudicante. Ivi risiede la lacuna dacché la determinazione in seno alla decretazione d'emergenza non sembra derivare da un'analisi sistematica seguita ad uno sguardo di insieme del processo: è pressoché anomalo che tra una disposizione di attuazione del codice e un'altra venga capovolto uno dei principi cardine della codificazione del 1989[48].

La disciplina del procedimento a distanza è stata oltremodo dibattuta e scandagliata dalla dottrina ed univocamente si è ritenuto dovesse essere applicata a tutti quei casi che per "straordinarietà" in punto di presupposti applicativi, ne avrebbero giustificato uno sviamento rispetto al rito celebrato alla presenza di

tutte le parti processuali[49]. Il peccato originale non risiede, dunque, nei singoli provvedimenti bensì nella discontinuità della *ratio* della legge del 1998 accresciuta con il criterio orientativo della Riforma Orlando, attraverso cui si è evidenziata, invero, la sostituibilità del *locus* processuale: è del tutto ingiustificato, dalla mera lettura dei dettami costituzionali sul giusto processo[50], caratterizzare l'aula virtuale come quella in cui si dà voce al processo delle parti, titolari della prova costituita oralmente in contraddittorio tra di loro[51]. Si addivene, pertanto, ad un procedimento che potrebbe definirsi "di risultato" ossia sintesi di un appiattimento delle prerogative delle parti e dello svuotamento dei principi costituzionali soprattutto nelle disposizioni di recepimento dei dettami sovranazionali (art. 6 Cedu).

La decretazione più recente ha, perciò, aggravato un'applicazione patologica della disciplina appena richiamata contribuendo a rafforzare il difetto di sistema[52].

Il riferimento è, in primo luogo, al sacrificio patito in condizioni emergenziali dalla popolazione carceraria[53] in attesa di giudizio: non si può sottovalutare che nel bilanciamento di interessi costituzionalmente garantiti si sia agito frettolosamente nel determinare, ancor di più, la compressione della libertà personale (13 Cost.) in favore di una dichiarata tutela del diritto alla salute che altro non sembra celare, invero, se non un interesse alla economicità ed alla speditezza del procedimento penale. A ben vedere, infatti, nelle analisi statistiche[54] operate nell'ultimo anno, i soggetti ristretti non sono stati esenti dal contagio ed anzi, in virtù della nota precarietà delle condizioni dei luoghi di detenzione[55], il dubbio generato è di importante entità. Invero, una efficace attuazione della tutela del diritto alla salute avrebbe dovuto prevedere quantomeno una speditezza della trattazione dei procedimenti per i soggetti sottoposti alla cautela della detenzione in carcere ovvero una interruzione dello *status detentionis* calibrato sul titolo di reato così permettendo un minore rischio di contagio - e di casi suicidio - nonché la compiuta realizzazione della inviolabilità della libertà personale.

Di rilievo è, altresì, la posizione ibrida in cui attualmente versano i soggetti sottoposti alla misura custodiale della detenzione domiciliare[56]: costoro, infatti, dovrebbero recarsi presso gli uffici di PG limitrofi al fine di attuare il proprio diritto alla partecipazione a processo che, di contro, dovrebbe essergli garantito. Il dilemma risiede, inoltre, nella poca chiarezza della *littera legis*: ci si domanda, da una parte, se in tal modo sia adeguatamente garantito il distanziamento sociale rispetto a tutti i soggetti che necessariamente dovranno prendere parte alle attività; dall'altra, se in punto di aderenza ai dettami del contraddittorio costituzionalmente orientato vi siano le concrete guarentigie, ad esempio, con riguardo alle interazioni tra l'indagato ed il proprio difensore- le quali dovrebbero essere riservate.

Ed ancora, incognite di compatibilità costituzionale e sovranazionale (art. 1; 102 co. 3 Cost. - art. 6 Cedu) sorgono dalla ristretta pubblicità prevista per le udienze di tal fatta: l'art. 23 non ha annunciato un meccanismo compiuto di partecipazione al procedimento, anzi, ha ristretto inopinatamente anche le

categorie di soggetti processuali legittimati alla partecipazione a distanza^[57]. In tale circostanza sembra celarsi l'eterno ritorno del modello inquisitorio in cui la segretezza degli atti, interna ed esterna, la faceva da padrone.

Da ultimo, si evidenzia la dubbia rispondenza al canone di proporzionalità in punto di estremo confinamento dell'espletazione del diritto di difesa, da intendersi nell'accezione di autodifesa e di difesa tecnica: tra le tante, l'imputato ovvero l'indagato^[58], con la modalità da remoto, non partecipa efficacemente al contraddittorio non potendo imminente produrre effetti durante la *cross examination*. In specie, l'ipotesi è quella in cui durante l'esame di un testimone a carico, non possano essere condivise riflessioni nell'esercizio della difesa ossia il confronto diretto tra difensore ed assistito, tanto da poter andare a contaminare l'esito dell'istruttoria stessa.

L'oggetto delle sintetiche riflessioni sinora operate non può che allarmare dacché è manifesto lo stato di emergenza che ha contagiato anche l'ambito dell'accertamento penale, il quale, di contro, dovrebbe essere ricostituito nella riqualificazione dei luoghi in segno di continuità con la inviolabilità del rito e non semplicisticamente in un'ottica di economicità.

«L'optimum, non realisticamente pensabile, sarebbe ammettere lo sbaglio e ricominciare da capo, umilmente, con idee più chiare e meno parole»^[59].

[1] Omero, *Lo scudo di Achille: La città in pace, Iliade XVIII*, vv. 490-508.

[2] Wolff, *The origins of Judicial Litigation among the Greeks, Traditio*, IV, 1946, 31 ss.

[3] Si rinvia a Giunchedi, *Oralità (principio della)*, in *Digesto disc. pen.*, XI, Agg., 2021, in corso di pubblicazione.

[4] Eschilo, *Le Eumenidi*, 2018, 770 ss.

[5] Ferrini, *Quid conferat ad iuris criminalis historiam Homericorum Hesiodorumque poematum studium*, in *Opere*, Milano, V, 1930, 1.

[6] Si rinvia a Conso, *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 334 ss.

[7] Per un completo approfondimento delle forme processuali vigenti nel diritto romano: Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Napoli, 2008, 437 ss; Fiori, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare e repubblicano*, Milano, 2003, 1 ss. La tematica è esplicitamente trattata in Giunchedi, *Oralità (principio della)*, cit.

[8] Per una trattazione più ampia della dimensione storica del procedimento penale V. Dezza, *Lezioni di storia del processo penale*, 2013, VIII, Pavia, 31 ss.

[9] D.L. 17 marzo 2020, n. 18 poi convertito nella l. 18 dicembre 2020, n. 176 successivamente modificato con il D. L. 28 ottobre 2020, n. 137 poi convertito nella l. n. 176/2020.

[10] Per analoghe considerazioni sulle problematiche circa i software utilizzati ed alle relative criticità si rinvia a Giunchedi, *La partecipazione dell'imputato*, in corso di pubblicazione; concordemente Muscella, *Ricadute sul rapporto processuale*, in corso di pubblicazione.

[11] In questi termini Conti, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo: questi terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?* in *Diritto penale e processo*, 2000, 76; Diddi, *Genesi e metamorfosi della partecipazione a distanza dell'imputato*, in *Giur. It.*, 2017, 2279; Amodio-Catalano, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, in *Sistema Penale*, 2020, 5, 267 ss.; Muscella, *Ricadute sul rapporto processuale*, cit.

[12] Il riferimento è al d. l. 8 giugno 1992, n. 306 successivamente convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356. Si rinvia a Rivello, *Commento all'art. 7 d. l. 8/6/1992 n. 306*, in *LP*, 1993, 92 ss.

[13] Bargis, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti al 41-bis o.p.*, in *Dir. pen. e processo*, 1998, 166 ss.

[14] Tonini, *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, XV, 2017, 416 ss.

[15] Trattasi dei procedimenti per i reati di cui all'art. 51 co. 3-bis c.p.p. nei quali vi fossero alternativamente: a) la sussistenza di gravi ragioni di sicurezza ovvero di ordine pubblico; b) la partecipazione a distanza fosse necessaria per la speditezza del dibattimento; c) l'imputato fosse sottoposto al c.d. carcere duro. In prospettiva critica, De Caro, *La partecipazione al dibattimento a distanza*, in *Dir. Pen. Cont.*, 01/2015, 98 ss.

[16] Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, in *Dir. Pen. Cont.*, 7-8/2017, 131 ss.; Gialuz - Cabiale- Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. Pen. Cont.*, 7-8/2017.

[17] Corte Cost., 22 luglio 1999, n. 342 in *Giust. Cost.*, 1999, 2686. Per un completo sviluppo della pronuncia di rigetto si veda Conti, *Commento a Corte Cost. 22-7-1999*, n. 342, cit.

[18] La l. n. 103/2017 ha nuovamente modificato l'art. 146-bis disp. att. c.p.p.

[19] Sul tema Spangher, *La Riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. Pen. Cont.*, 01/2016, 98 ss.; Lorusso, *Dibattimento a distanza vs. autodifesa?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 04/2017, 9 ss.

[20] Sovviene, a tal riguardo, la riflessione operata da Giunchedi, *La partecipazione dell'imputato*, cit., secondo cui i profili maggiormente attentati dalle novità legislative, succedutesi nel tempo, sono quelli dell'oralità e

dell'immediatezza quali tratti essenziali del giusto processo costituzionalizzato che «hanno dato luogo a processi privi di una base legale». Per considerazioni analoghe V. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. Pen.*, 2020, 1, 74 ss.

[21] Per una esaustiva disamina dei riflessi della Riforma Orlando in materia di procedimento a distanza: Bronzo, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, in *Aa. Vv.*, *La giustizia penale differenziata*, vol. III, 2011, 984 ss; Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, cit.; Lorusso, *Dibattimento a distanza vs. autodifesa?*, cit.; Mittica, *Novità sulla videoconferenza nel processo penale*, in *Processo penale e giustizia*, 05/2018, 945 ss.; Piziali, sub art. 146-bis disp. att. c.p.p., in Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, V, 2017, 898 ss.; Grosso, *Oltre l'emergenza: riparare il sistema dei diritti costituzionali sconvolto dalla pandemia*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 881.

[22] Trattasi, anzitutto, del c.d. "Decreto Cura Italia" ossia del d. l. 17 marzo 2020, n. 18 poi convertito nella l. 24 aprile 2020, n. 27; in secondo luogo, il riferimento è al c.d. "Decreto Ristori" d. l. 28 ottobre 2020, n. 127, convertito nella l. n. 176/2000.

[23] Bronzo, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, cit. Negli stessi termini, Giunchedi, *La partecipazione dell'imputato*, cit.

[24] Camera dei Deputati, Servizio Studi, XVIII Legislatura, *Gli interventi per fronteggiare l'emergenza da Covid-19 nel settore della giustizia*, 02/21, 1.

[25] Il Senato della Repubblica ha varato l'emendamento 9 aprile 2020; sul punto V. Napolitano, *Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale*, in *Sistema Penale (web)*, 2020, 7, 28 ss.

[26] Si rimanda alla lettera dell' art. 83, co. **12-bis**: «[...] le udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti possono essere tenute mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia [...]».

[27] D. l. 28 ottobre 2020, n. 127 poi convertito nella legge n. 176 del 2020.

[28] Nella prassi è stata individuata la figura del Direttore Generale dei Sistemi Informativi ed Autorizzativi del Ministero della Giustizia. Sul tema V. la "Lettera del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, Antonello Saro, al Ministro della Giustizia, Alfonso Bonafede" del 16 aprile 2020, in

www.garanteprivacy.it. Per un esaustivo approfondimento si richiamano Giunchedi, *La partecipazione dell'imputato*, cit.; Borgia, *Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Oss. Cost.*, 2020, 6, 195.

[29] Per analoghe considerazioni sulla questione, Muscella, *Ricadute sul rapporto processuale*, cit.

[30] L'anamnesi della norma sembra presagire una futura dichiarazione di illegittimità costituzionale.

[31] Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, VII, Torino, 2008, 5.

[32] Tale determinazione si deve alla introduzione dell'art. 23, co. 8 del d. l. 28 ottobre 2020, n. 137 con la quale è stato disposto che il procedimento in cassazione per le udienze partecipate e per quelle pubbliche sia espletato ai sensi dell'art. 611 c.p.p. Per una trattazione approfondita delle criticità scaturenti da tale addizione legislativa si rinvia a Muscella, *Ricadute sul rapporto processuale*, cit.

[33] Il riferimento è all'art. 83 co. 12 d. l. 17 marzo 2020 n. 18 "Cura Italia" convertito nella l. n. 27 del 24 aprile 2020 nonché al successivo art. 23 co. 4 del successivo "Decreto Ristori".

[34] Sul punto si richiama il contributo di Scarcella, *Non attivare la videoconferenza per l'imputato detenuto in periodo Covid lede il diritto di difesa*, in *Quotidiano Giuridico*, 02/2021.

[35] Art. 83 co. 12 D.L. 17 marzo 2020, n.18 (Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenere gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare): «Ferma l'applicazione dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale, dal 9 marzo 2020 al 31 luglio 2020, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271». I termini dettati sino al 31 luglio 2020 sono stati prorogati con la proroga dello stato di emergenza nazionale sino al 30 aprile 2021.

[36] Come noto, trattasi di nullità rilevabili, anche ex officio, in ogni stato e grado del procedimento.

[37] Cfr. pag. 2 della sentenza in commento: «La violazione del diritto dell'indagato di partecipare all'udienza, fissata nelle forme dell'art. 127 c.p.p., integra una nullità assoluta, allorché la richiesta di presenziare, sia pure a mezzo di videoconferenza e nei casi consentiti, sia pervenuta in tempo utile per predisporre i necessari collegamenti audiovisivi, come avvenuto incontestabilmente nel caso in esame, tenuto conto della sua presentazione nove giorni prima dell'udienza».

[38] Cass., Sez. Un., n. 35399, 24 giugno 2010, F.F., in *Mass. Uff.*, n. 247836.

[39] È di particolare rilevanza, in un'ottica di conformità ai principi costituzionali e sovranazionali sul diritto alla partecipazione al processo, il percorso argomentativo sostenuto dalla Cass., Sez. Un., n. 35399 secondo cui: «[...] questa interpretazione, inoltre, proprio perché garantisce la partecipazione al giudizio dell'imputato [...] è più conforme ai principi del giusto processo e del contraddittorio sanciti dall'art. 111 Cost. [...] maggiormente conforme ai dettami dell'art. 6 CEDU [...] l'interpretazione stessa trova infine conforto nella sentenza della Corte Cost. n. 45 del 1991, la quale, con riferimento al procedimento di riesame, ha chiarito l'assoluta importanza dell'instaurazione del contraddittorio di fronte al giudice che dovrà assumere la decisione ed ha riconosciuto che l'imputato detenuto è certamente titolare di un interesse ad essere presente all'udienza per contrastare, se lo voglia, le risultanze probatorie ed indicare eventualmente altre circostanze a lui favorevoli. D'altra parte, il diritto-dovere del giudice di sentire personalmente l'imputato, e il diritto di quest'ultimo di essere ascoltato dal giudice che dovrà giudicarlo, rientrando nei principi generali d'immediatezza e di oralità cui s'informa l'attuale sistema processuale».

[40] *Ibid.*, 9.

[41] Si rinvia a Muscella, *Ricadute sul rapporto processuale*, cit.

[42] Cfr. Cass. Sez. U. n. 35399, 13. In senso contrario e con riferimento all'attentato al diritto di difesa, si rinvia a Giunchedi, *La partecipazione dell'imputato*, cit

[43] V. p. 2 della sentenza in commento.

[44] Mancuso, *La dematerializzazione del processo al tempo del Covid-19*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, 5.

[45] «Il luogo dove l'imputato si collega in audiovisione è equiparato all'aula di udienza».

[46] Napolitano, *Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale*, cit.

[47] «Nelle aule di udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all'organo giudicante. Le parti private siedono a fianco dei propri difensori, salvo che sussistano esigenze di cautela. Il seggio delle persone da sottoporre ad esame è collocato in modo da consentire che le persone stesse siano agevolmente visibili sia dal giudice che dalle parti».

[48] In materia V. Cordero, *Procedura penale*, IX, Milano, 2012, 97-101; Conso - Grevi - Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale: Le Direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice*, 1989, 14 ss.

[49] Sul tema Rivello, *Commento all'art. 7 d. l. 8/6/1992 n. 306*, cit.; Kalb, *Emergenza sanitaria e giustizia penale. Un'analisi delle misure incidenti sul sistema processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 910 ss.; Lorusso, *Dibattimento a distanza vs. autodifesa?*, cit.; Galuz - Cabiale- Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche*

attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni, cit.; Mancuso, *La dematerializzazione del processo al tempo del Covid-19*, cit..

[50] Per considerazioni analoghe Giunchedi, *Oralità (principio della)*, cit.; Grosso, *Oltre l'emergenza: riparare il sistema dei diritti costituzionali sconvolto dalla pandemia*, cit.

[51] Come correttamente affermato da Giunchedi, *La partecipazione dell'imputato*, cit.: «Il già fragile equilibrio relativo alle garanzie dell'imputato [...] si è trovato ad affrontare una nuova prova legata alla legislazione emergenziale imposta dalla necessità di evitare o quantomeno contenere contatti interpersonali a causa del rischio da contagio da Covid-19».

[52] Mazza, *Distopia del processo a distanza*, cit., 4 ss; Borgia, *Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria*, cit., 181-189.; Lorusso, *Il cigno nero del processo penale*, in *Sistema Penale (Web)*, 2020; Mancuso, *La dematerializzazione del processo al tempo del Covid-19*, cit.

[53] Per un completo approfondimento V. Lorenzetti, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Aic*, 2920, 3, 48 ss.

[54] Per specificazioni V. www.osservatoriodiritti.it; www.giustizia.it.

[55] Sul tema si rinvia agli approfondimenti dottrinali circa la sentenza Torreggiani contro Italia della Corte europea dei diritti umani dell'8 gennaio 2013.

[56] Trattasi della disciplina di cui all'art. 23 co. 5 d. l. 137/2020. Si rinvia, specificamente a Muscella, *Ricadute sul rapporto processuale*, cit.

[57] In questi termini Giunchedi, *La partecipazione dell'imputato*, cit.

[58] Come è stato correttamente osservato da Giunchedi, cit.: «un imputato che non viene posto in condizione di difendersi efficacemente crea nocimento all'intera amministrazione della giustizia».

[59] Tornano utili le parole di Cordero, *Procedura penale*, cit., 1292 con riferimento alla costante crisi dell'ordinamento nell'effettiva attuazione del modello accusatorio in ottica costituzionalmente orientata.