



UNIONE CAMERE PENALI ITALIANE

OSSERVATORIO DOPPIO BINARIO E GIUSTO PROCESSO

PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 146 BIS DISP. ATT. C.P.P. SULLA PARTECIPAZIONE AL DIBATTIMENTO A DISTANZA

PRIMO CASO: Questione di legittimità costituzionale dell'art. 146 bis, co. I e I ter disp. att. c.p.p. per violazione degli artt. 3, 24, co. II, 27, co. II, 111, co. II e IV, nonché 117, co. I Cost. in relazione all'art 6, § 1 e 3 della CEDU.

Nello specifico, la eccezione di legittimità costituzionale coinvolge la normativa sulla partecipazione a distanza al processo, laddove la presenza "virtuale" in udienza dell'imputato viene imposta d'ufficio e senza alcuna preventiva valutazione da parte del giudicante, per il sol fatto di trovarsi al cospetto di un soggetto in stato di detenzione per uno dei reati previsti dagli artt. 51 co. III *bis* e 407 co. II lett. a) n. 4 c.p.p. e/o sottoposto al regime di cui al 41 *bis* O.P.

La questione di seguito illustrata è rilevante nel presente giudizio, poiché nel caso di specie non trova applicazione la *vacatio legis* di un anno relativa alla nuova formulazione dell'art. 146 *bis* c.p.p., essendo l'imputato detenuto [regime di 41 bis] per il delitto previsto [artt. 270 *bis* co. I o 416 bis co. II c.p. o 74 co. I DPR 309/90].

La nuova normativa dovrà, pertanto, essere presa in considerazione dal giudice in via propedeutica alla definizione del giudizio, riguardando una questione preliminare attinente al diritto dell'imputato di intervenire ed assistere al processo nei suoi confronti, la cui violazione è sanzionata da nullità di ordine generale dall'art. 178, lett. c) c.p.p.

L'ipotizzata questione non può ritenersi preclusa dall'essere stata già in passato attenzionata tanto dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 342 del 1999, quanto dalla Corte EDU nella sent. Viola /Italia del 2006, le quali non hanno riconosciuto nel caso la violazione di principi fondamentali ed in particolare del diritto di difesa.

Le ragioni per cui le citate pronunce non precludono una riedizione del tema della legittimità della normativa *de qua*, sono plurime.

A) In primo luogo, l'eccezione di incostituzionalità riguardava la normativa sulla partecipazione a distanza introdotta dalla L. n. 11 del 1998, la quale: a) era una disciplina emergenziale con efficacia temporale – all'epoca – limitata; b) individuava la deroga al diritto dell'imputato ad essere fisicamente presente in aula come eccezione e non regola, applicabile cioè solo ai soggetti imputati di reati di criminalità organizzata, ristretti in carcere e in presenza di determinate condizioni; c) non operava automaticamente, ma dietro provvedimento motivato del giudice, che quindi conservava un margine di discrezionalità circa l'adozione dello strumento tecnico.

Viceversa, l'attuale disciplina ha enormemente dilatato il raggio applicativo della videoconferenza attraverso: a) la trasformazione di ciò che prima era l'eccezione in regola mediante l'automatismo applicativo; b) l'estensione ai processi in cui l'imputato detenuto per reati di c.d. "doppio binario" è chiamato a rispondere di un reato comune; c) l'operatività - visto il riferimento generico a " ... *chi si trovi in stato di detenzione...* " - anche nei confronti di soggetti sottoposti a forme detentive non carcerarie (es. si pensi a coloro che agli arresti domiciliari non vengano autorizzati a raggiungere con mezzi propri l'aula di giustizia, optandosi per una loro traduzione presso la sala di videoconferenza della casa circondariale più vicina al luogo di detenzione).

Unione Camere Penali Italiane

Via del Banco di S. Spirito, 42 00186 Roma

Tel +39 06 32500588 - segreteria@camerepenali.it - www.camerepenali.it

C.F. 05386821002 - P.I. 08989681005

In quella occasione, inoltre, la Consulta si era approcciata al problema della compatibilità della partecipazione virtuale al processo con il diritto di difesa, non attraverso il criterio del bilanciamento degli interessi in gioco (difesa vs. esigenze di efficienza e sicurezza), bensì ancorando la legittimità della disciplina all'idoneità della strumentazione tecnica adoperata per realizzare la presenza dell'imputato al dibattimento.

B) Quanto poi alle riflessioni svolte dalla Corte EDU, nemmeno queste presentano un carattere preclusivo, risentendo in maniera decisiva della vicenda concreta portata alla sua attenzione.

E difatti, questa riguardava la mancata partecipazione fisica del ricorrente nel solo giudizio di appello, la quale venne ritenuta dal giudice di Strasburgo *“priva della stessa importanza decisiva del primo grado (n.d.r. da intendersi: che assume nel primo grado)”*.

Peraltro, la Corte europea ricorda che la comparizione dell'imputato di persona in udienza assume un ruolo di fondamentale importanza per assicurare un processo penale equo ai sensi dell'art. 6 della CEDU, il quale *“letto nel suo insieme riconosce all'imputato il diritto di partecipare realmente al processo”*, mentre *“ogni misura che limiti i diritti di difesa deve essere assolutamente necessaria”*.

La questione deve poi reputarsi non manifestamente infondata, poichè i nuovi co. I e I *ter* dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. si presentano totalmente disarmonici rispetto ad alcuni principi e diritti aventi copertura costituzionale e convenzionale (uguaglianza/ragionevolezza, diritto di difesa, presunzione di non colpevolezza, diritto al contraddittorio, equo processo) nella parte in cui prevedono l'applicazione della c.d. “video conferenza” in modo del tutto obbligatorio, automatico e indipendente dal reato oggetto di accertamento nel processo, per gli imputati detenuti per determinati reati [artt. 51, co. 3 *bis* e 407, co. II lett. a) n. 4], nonché laddove tale automatismo e obbligatorietà risultano ulteriormente rafforzati per i detenuti in regime di 41 *bis* O.P.

L'automatismo applicativo imposto dalla norma, essendo semplicemente legato allo stato detentivo per reati di criminalità organizzata, è innanzitutto censurabile *ex art. 3 Cost.* sotto il duplice profilo della manifesta irragionevolezza e della disparità di trattamento.

Questo si traduce nella sostanza in una presunzione assoluta di pericolosità di determinati soggetti in quanto ristretti per alcuni reati (crimine organizzato), tale da ripercuotersi – secondo il legislatore - anche sulla tutela dell'ordine pubblico e dell'ordinato svolgersi del processo.

Il carattere assoluto della presunzione non può essere escluso in virtù del disposto contenuto al co. I *ter* sulla facoltà del giudice – salvo i casi di 41 *bis* O.P. - di disporre la presenza *“qualora lo ritenga necessario”*.

La clausola, invero, non solo pone una mera facoltà in capo al giudicante, ma altresì vincola ad un parametro (quello della necessità) per di più generico, che – come tale – risulta slegato da ragioni indicative di un'assenza di pericolo per la sicurezza, ben potendo identificarsi detta necessità anche con l'indisponibilità o il mal funzionamento delle apparecchiature di videoconferenza.

Ebbene, evocando un principio già ad altri fini affermato dalla Consulta (sent. n. 139 del 2010), *“le presunzioni assolute, specie quando limitano diritti fondamentali della persona (n.d.r. nel caso il diritto di difesa) violano il principio di uguaglianza se sono arbitrarie e irrazionali, non rispondendo a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'“id quod plerunque accidit: evenienza che si riscontra segnatamente allorchè sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione poste a base della presunzione stessa”*.

Orbene, il riferimento ad un determinato reato o a una categoria di reati non può essere idoneo *ex se* a fornire dati di esperienza generalizzati in ordine alla sintomaticità di una fattispecie a mettere in pericolo la sicurezza o l'efficienza del processo di cui è parte il soggetto ristretto per quel reato.

Sul punto, sebbene con riguardo ad altra questione (art. 99, co. V c.p.), la Consulta ha già ritenuto illegittima in quanto arbitraria e irragionevole la presunzione assoluta di una più accentuata pericolosità sociale discendente dal solo

fatto della commissione di un delitto ricompreso nel catalogo di cui all'art. 407, co. II lett. a) c.p.p. (sent. n. 185 del 2015).

Né varrebbe richiamare in senso contrario la c.d. base statistica cui si è fatto riferimento da parte della Consulta in alcune pronunce dirette a dichiarare l'illegittimità dell'art. 275, co. III c.p.p. – vecchia formulazione - sulla adeguatezza *ope legis* della sola custodia cautelare rispetto a determinati delitti (sent. n. 57 del 2013 e n. 48 del 2015).

E infatti, il dato statistico richiamato in quelle pronunce riguarderebbe la sola stabilità del vincolo nel reato associativo di cui all'art. 416 bis c.p., che solo la misura più afflittiva, nella generalità dei casi, risulterebbe in grado di interrompere.

Si tratta, quindi, di un dato probabilistico inconferente rispetto al tema qui trattato, sia perché concerne solo uno dei delitti di criminalità organizzata oggetto della norma contestata in questa sede, sia perché impegna la pericolosità del sodalizio nel suo complesso e non quella del singolo sodale, specie se sottoposto a misura restrittiva.

Pertanto, la capacità di determinate situazioni di generare un pericolo per il processo, va verificata in concreto di volta alla luce degli elementi del caso concreto, quali possono essere ad esempio: l'evidenza o meno di eventuali atti intimidatori o di contatti con i propri sodali in aula.

E ciò vale ancor di più per l'imputato sottoposto a regime di detenzione speciale, considerato che i gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica a fondamento dell'art. 41 bis O.P. non necessariamente si traducono in una specifica situazione di pericolo nel processo, tale da giustificare l'impiego della video conferenza.

L'irragionevolezza della norma censurata trova, poi, un'ulteriore conferma nel criterio legislativo di individuazione dei reati per cui opererebbe l'automatismo.

Difatti, il criterio è incentrato sul rinvio al catalogo di cui agli artt. 51, co. III *bis* e 407, co. II lett. a) n. 4) c.p.p., che contiene reati eterogenei sotto il profilo strutturale, trovando dimora sia delitti caratterizzati da un vincolo stabile (art. 416 *bis* c.p.), tanto delitti che si connotano come fattispecie aperte qualificate dalla tipologia dei reati fine e non già da particolari caratteristiche del vincolo associativo (art. 74 DPR 309/1990), quanto delitti in cui può mancare il vincolo (art 7 D.L. n. 152/1991).

Altresi, la nuova normativa introduce una disparità di trattamento tra imputati a seconda del tipo di reato per cui si trovano in regime detentivo, nonostante tutti gli imputati - indipendentemente dalla contestazione mossagli - siano da ritenere su uno stesso piano con riguardo alla presunzione di non colpevolezza.

E ancora, sempre riguardo al medesimo profilo di illegittimità, deve osservarsi come le diverse modalità di svolgimento del dibattimento previste dalla norma finiscono per essere determinate - in alcuni casi - dalla stessa accusa attraverso il mezzo di contestazione, il quale - con riferimento ai c.d. delitti di criminalità organizzata - nella prassi giudiziaria di rado sarà orfano di una misura detentiva.

Peraltro - in queste stesse ipotesi - verrebbe arrecato un *vulnus* anche alla presunzione di non colpevolezza *ex* art. 27, co. II Cost., visto che la mancata partecipazione personale al giudizio, con tutti i limiti che essa comporta, discenderebbe proprio dall'imputazione ancora da verificare.

L'equiparazione imposta dalla nuova normativa tra presenza in udienza e partecipazione a distanza mina poi il diritto di difesa art. 24 Cost., tecnica e materiale, dell'imputato nonché il suo nucleo dialettico, ossia il diritto al contraddittorio, anche nelle sue componenti dell'oralità e dell'immediatezza, art. 111 co. II e IV Cost.

La c.d. partecipazione virtuale, infatti, non è altro che una mera *fictio iuris*, essendo incontestabile che un conto è la presenza di persona in aula e un altro è invece la presenza filtrata da uno schermo.

Lo schermo non può essere inteso come un fantascientifico *STARGATE* che permette di collegare in modo istantaneo e reale due punti spaziali (aula di udienza e saletta della video conferenza) tra loro distanti.

La mediazione telematica comporta inevitabilmente sia un'alterazione dell'unità di luogo della celebrazione del processo art. 146 disp. att. c.p.p., nel senso che l'aula del dibattimento deve essere la stessa per il giudice e tutte le

parti processuali, che della esatta percezione da parte dell'imputato e del suo difensore di tutte le situazioni processuali e della possibilità di reagire prontamente a queste.

E infatti, l'imputato in video collegamento non ha una visione d'insieme dell'aula, ma può vedere una persona alla volta e lo stesso dicasi per il giudice, privo del contatto diretto con l'imputato, che viene visto – specie nei processi con più imputati tutti in video collegamento – come un puntino sullo schermo.

La mancata presenza fisica determina, quindi, una perdita di continuità nella trattazione del processo, con una ricaduta in negativo sull'effettività del diritto di difesa e del contraddittorio, la quale richiede un rapporto continuo tra difensore e imputato.

Tale non è il rapporto mediato da ben due operatori tecnici (uno in aula e uno in sala), i quali devono mettere in comunicazione difensore e imputato presenti in luoghi diversi, generando un meccanismo comunicativo che inesorabilmente finisce per distrarre il difensore dal contesto dibattimentale, rendendogli più difficile seguirne il corso.

Altresì, l'iter che l'imputato è costretto a seguire per poter comunicare (deve essere autorizzato ad avvicinarsi al microfono; il personale che lo assiste deve essere a sua volta autorizzato ad accendere il microfono e solo dopo l'imputato può parlare) determina una mancanza di tempestività nel suo intervento, che può impedire al difensore di effettuare a tempo opportuno una contestazione a una dichiarazione resa in aula, quando la stessa nasce dal ricordo dell'imputato.

Detta criticità si acuisce nelle ipotesi di dibattimenti con plurimi collegamenti a distanza, dove l'udienza si trasforma in una sorta di *call center* per l'intrecciarsi dei tentativi dei vari difensori di sollecitare l'attenzione degli operatori per riuscire a farsi mettere in collegamento con il proprio assistito.

Lo stesso dicasi ove il difensore scegliesse – con o senza la presenza di un sostituto e/o del codifensore- di partecipare anch'egli a distanza al dibattimento, dato che in questo caso, pur potendo mantenere uno stretto e diretto contatto con l'assistito, finirebbe per partecipare anch'egli a tutte quelle limitazioni “percettive” che caratterizzano la partecipazione a distanza.

Inoltre, in questo caso, per il difensore diverrebbe materialmente impossibile effettuare una produzione documentale o procedere all'esame di documenti prodotti da altre parti in dibattimento o, ancora, allegare verbali da sottoporre a consenso delle altre parti in udienza.

E ancora, le nuove tecnologie non sono in grado di ridurre a zero il rischio che le comunicazioni riservate tra imputato e difensore – come peraltro già accaduto (caso Zagaria) - vengano captate dagli operatori di sala, rendendo l'assistenza difensiva priva di utilità.

Sotto il versante CEDU va poi ricordato come l'art. 6, letto nel suo insieme, implichi che l'imputato ha “*il diritto di assistervi, ma anche di ascoltare e seguire il dibattimento*”; che il diritto di difesa – come tutti quelli tutelati dalla CEDU - non può ridursi al mero rango teorico, ma deve essere “*effettivo e concreto*”; che eventuali “*limiti a tale diritti devono essere assolutamente necessari*” (sent. CEDU Stanford/UK del 1994, sent. CEDU Imbrioscia/Svizzera del 1994, sent. CEDU Van Mechelen/Paesi Bassi del 1997).

Rimanendo su un piano internazionale, va ricordato il Patto Internazionale sui diritti civili e politici di New York del 16 dicembre 1966, che all'art. 14 § 3 lett. d) afferma: “*ogni individuo accusato di un reato ha dirittoad essere presente al processo*”; la Direttiva (UE) 2016/343 del 9 marzo 2016 che all'art. 8, co. I ribadisce l'obbligo per gli Stati membri di garantire a indagati e imputati “*il diritto di presenziare al proprio processo*”.

Pertanto, l'illegittimità della norma in esame - per il tramite dell'art. 117 Cost. - appare in tutta la sua portata laddove si consideri l'assenza di alcuna specificazione circa requisiti di necessità legittimanti la compressione del diritto di difesa, nonché le obiettive difficoltà di esercizio prima esplicitate, tali da renderlo illusorio.

Infine, il rappresentato contrasto non pare superabile attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme, diretta ad escludere il carattere doveroso del collegamento in video conferenza nelle ipotesi richiamate, facendo

leva su un'interpretazione estensiva della clausola contenuta al co. I *ter* “ ... il giudice può disporre con decreto motivato ... la presenza in udienza ... *qualora lo ritenga necessario*”, da parametrare in negativo ai requisiti di cui al co. I *quater*, così da stimare le ipotesi di partecipazione a distanza obbligatorie assorbite in quelle discrezionali.

In buona sostanza, la partecipazione fisica sarebbe da ritenersi necessaria in assenza di pericoli ai beni individuati dalla norma prima richiamata.

Tale ipotesi interpretativa appare preclusa non solo dal dato letterale, il quale senza infingimenti parla di “automatismo” in presenza di uno *status detentionis* legato alle fattispecie del c.d. doppio binario, ma anche perché l'adozione di una esegesi del genere non escluderebbe l'obbligatorietà dei casi di detenzione *ex art. 41 bis O.P.*

Inoltre, la prospettata interpretazione, anziché risolvere i contrasti con i citati principi dell'ordinamento costituzionale e convenzionale, li acuirebbe ove si consideri che la compressione del diritto alla difesa e al contraddittorio derivante dall'uso della video conferenza continuerebbe in alcuni casi a dipendere da quelle esigenze di celerità ed economicità del processo poste a base della riforma dell'art. 146 *bis* c.p.p., i quali non sono assolutamente bilanciabili con i primi.

Sul punto, infatti, la Consulta (C. Cost. sent. n. 317 del 2009) ha chiarito come la piena esplicazione del diritto al contraddittorio, quale espressione del diritto di difesa, non può cedere il passo neanche al principio di ragionevole durata del processo, destinato a giustificare eventuali deroghe ritenuti utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti.

Secondo la Corte Costituzionale, l'ipotesi di un superamento del diritto di difesa da parte del principio di ragionevole durata del processo “*deve essere esclusa, giacché il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento*”, poiché “*una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenuti utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti*”.

SECONDO CASO: Questione di legittimità costituzionale dell'art. 146 *bis*, co. I disp. att. c.p.p. per violazione degli artt. 3, 24, co. II, e 111, co. IV.

Nello specifico, la eccezione di legittimità costituzionale investe la normativa sulla partecipazione a distanza dell'imputato/testimone in un'udienza civile o penale nella quale deve essere sentito quale teste, nella parte in cui la c.d. partecipazione virtuale viene imposta d'ufficio e senza alcuna preventiva valutazione da parte del giudicante, per il solo fatto di trovarsi al cospetto di un soggetto in stato di detenzione per uno dei reati previsti dagli artt. 51 co. III *bis* e 407 co. II lett. a) n. 4 c.p.p. e/o sottoposto al regime di cui al 41 *bis* O.P..

La questione di seguito illustrata è rilevante nel presente giudizio, poiché nel caso di specie l'imputato/testimone è detenuto [regime di 41 *bis*] per un delitto di criminalità organizzata.

La nuova normativa dovrà, pertanto, essere necessariamente presa in considerazione dal giudice in via propedeutica alla definizione del giudizio, riguardando una questione preliminare attinente l'assunzione di un mezzo di prova.

L'eccezione deve ritenersi non manifestamente infondata sotto diversi profili.

Innanzitutto, l'automatismo applicativo imposto dalla norma, essendo semplicemente legato allo stato detentivo per reati di criminalità organizzata, è censurabile *ex art. 3 Cost.* sotto il duplice profilo della manifesta irragionevolezza e della disparità di trattamento [*sul punto possono farsi valere le stesse argomentazioni sviluppate nel PRIMO CASO*].

E ancora, [*laddove l'interessato debba essere sentito ex art. 197 bis o 210 c.p.p.*] la particolare modalità di assunzione della testimonianza imposta dalla nuova normativa mina il diritto di difesa art. 24 Cost., tecnica e materiale, dell'imputato – testimone.

Tale modalità di esame potrebbe, infatti, condurre all'autoincriminazione dell'imputato–testimone qualora le risposte riguardassero il fatto proprio: il pericolo che ciò accada sarebbe incrementato dalla partecipazione a distanza [*sul punto delle difficoltà connesse all'esercizio del diritto di difesa possono farsi valere le stesse argomentazione sviluppate nel PRIMO CASO*].

In ogni caso, la testimonianza a distanza coinvolge un altro valore fondamentale: il contraddittorio nella formazione della prova ex art. 111, co. IV Cost.

L'impiego della videoconferenza affievolisce inevitabilmente - come attenta dottrina ha avuto modo di rilevare (GUGLIELMO GULOTTA) - gli *input* cognitivi che il tradizionale esame incrociato fisico è capace di offrire.

Su questo punto va, infatti, osservato come uno degli aspetti più importanti all'interno di un procedimento giudiziario sia la valutazione della credibilità del testimone, che viene svolta dal giudice attraverso una valutazione non solo della deposizione di quest'ultimo, ma anche tramite l'analisi di tutti quei fattori comunicativi non verbali (contatto visivo, linguaggio del corpo, postura, etc.) che in un dibattito a distanza non è possibile percepire o osservare nella loro globalità o, altresì, ne è possibile una distorsione.

In particolare - come rilevato da una serie di ricerche – il ciclo delle interazioni tra due persone è tale che le reazioni di ciascuno degli interlocutori sono tra loro interconnesse.

Qualora dovesse perdersi il sentimento della genuinità, dato soprattutto dalla compresenza dell'interrogante e dell'interrogato nel medesimo luogo, il ciclo stesso della interazione verrebbe contaminato.

In simile contesto, il ciclo dell'interazione è fondamentale poiché è di grande aiuto alle parti processuali al fine di formulare un corretto giudizio sulla sincerità e sulla menzogna, giudizio da sempre cruciale nelle valutazioni giudiziarie sul testimone (es. attendibilità intrinseca ed estrinseca; reticenza, falsità).

Infine, il rappresentato contrasto non pare superabile attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme, diretta ad escludere il carattere doveroso del collegamento in video conferenza nelle ipotesi richiamate [*sul punto valgono le argomentazione sviluppate nel PRIMO CASO*].

TERZO CASO: Questione di legittimità costituzionale dell'art. 146 bis, co. I quater disp. att. c.p.p. per violazione degli artt. 3, 24, co. II, 27, co. II, 111, co. II e IV, nonché 117, co. I Cost. in relazione all'art 6, § 1 e 3 della CEDU.

Nello specifico, la eccezione di illegittimità costituzionale coinvolge la normativa sulla partecipazione a distanza al processo, laddove la presenza “virtuale” in udienza dell'imputato/testimone può essere disposta – a fronte di condizioni eterogenee ed indipendenti dalla volontà dell'imputato/testimone - qualora questi sia detenuto e a prescindere dalla natura del procedimento che ha originato lo *status detentionis*.

La questione di seguito illustrata è rilevante nel presente giudizio, poiché la nuova normativa dovrà essere necessariamente presa in considerazione dal giudice in via propedeutica alla definizione del giudizio, riguardando una questione preliminare attinente al diritto dell'imputato di intervenire ed assistere al processo nei suoi confronti, la cui violazione è sanzionata da nullità di ordine generale dall'art. 178, lett. c) c.p.p. oppure [*ove debba rendere testimonianza in altro giudizio*] attenendo all'assunzione di un mezzo di prova.

La questione non pare possa ritenersi preclusa dalle precedenti pronunce tanto della Corte Costituzionale nella sent. n. 342 del 1999, quanto della Corte EDU nella sent. Viola /Italia del 2006, le quali hanno negato che vi fosse una violazione di principi fondamentali da tenere in considerazione, fra cui il diritto di difesa.

L'eccezione sollevata dinanzi la Corte Costituzionale nel 1999 riguardava, infatti, la normativa sulla partecipazione a distanza introdotta dalla L. n. 11 del 1998, che si fondava su parametri differenti da quella in esame, considerato che:

- a) si trattava di una disciplina emergenziale con efficacia temporalmente limitata;
- b) la deroga al diritto dell'imputato ad essere fisicamente presente in aula era una peculiare eccezione con riferimento a soggetti imputati di reati specifici ed in presenza di precise condizioni.

L'attuale disciplina definisce, invece, una applicazione più ampia della videoconferenza, consentendo:

- a) l'estensione della partecipazione a distanza, previo decreto motivato del giudice, ai processi in cui l'imputato non sia detenuto per uno di quei delitti che rientrano nel "doppio binario" né tanto meno si proceda nei suoi confronti per uno di questi, essendo sufficiente lo *status detentionis*;
- b) la previsione che questa potrà essere disposta per mere ragioni efficientistiche.

Deve ricordarsi, inoltre, che la Consulta ha esaminato la questione inerente alla violazione del diritto di difesa, omettendo una valutazione comparata tra gli interessi coinvolti (diritto di difesa / celerità e sicurezza), procedendo invece ad una mera verifica della compatibilità della strumentazione tecnica adoperata, affinché si assicurasse la presenza dell'imputato al dibattimento.

Anche le riflessioni svolte dalla Corte EDU nella sentenza Viola/Italia non sembrano avere carattere preclusivo rispetto alla presente questione, atteso che si sviluppano su una singola fattispecie portata all'attenzione della stessa Corte e appaiono in tal senso ininfluenti sulla vicenda in esame.

La Corte EDU, invero, ha esaminato la mancata partecipazione fisica del ricorrente nel solo giudizio di appello, definendo quest'ultima "*priva della stessa importanza decisiva del primo grado*".

Inoltre, la Corte europea ha precisato che l'art. 6 della CEDU "*letto nel suo insieme riconosce all'imputato il diritto di partecipare realmente al processo*", laddove "*ogni misura che limiti i diritti di difesa deve essere assolutamente necessaria*".

La questione deve poi reputarsi non manifestamente infondata, poiché il nuovo comma 1 *quater* dell'art. 146 *bis* c.p.p. disp. att. si presenta in contrasto con alcuni principi e diritti aventi copertura costituzionale e convenzionale (principio di uguaglianza e ragionevolezza, diritto di difesa, presunzione di non colpevolezza, diritto al contraddittorio, equo processo).

La disposizione di cui trattasi, infatti, estende l'ambito applicativo dell'istituto della partecipazione a distanza: il giudice, con decreto motivato, può disporre che questo trovi applicazione "*quando sussistono ragioni di sicurezza, qualora il dibattimento sia di particolare complessità e al fine di evitare ritardi, nonché qualora si debba assumere la testimonianza di una persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario*", divenendo ininfluenza il titolo di reato per il quale si procede o per cui sia detenuto.

Viene in tal modo a delinearsi un sistema che fa discendere l'applicabilità della disciplina in esame, ove ricorrano i presupposti elencati dalla norma, dal solo *status detentionis*: un tale sistema si pone in evidente contrasto con gli artt. 3 e 27 comma 2 Cost.

Il primo viene leso laddove in ragione della sola qualifica di detenuto, anche per altro procedimento, trova applicazione una diversa disciplina, più pregiudizievole, rispetto a quella applicabile all'imputato in libertà.

Dunque, soprattutto nel caso di imputato detenuto per un procedimento diverso, saranno disciplinate diversamente situazioni sostanzialmente analoghe, in pieno contrasto con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., nonché con la presunzione di non colpevolezza consacrata all'art. 27 comma 2 Cost.

Né può ritenersi superata la eccepita violazione delle norme costituzionali a fronte dell'indicazione delle giustificazioni espresse dalla norma: la sussistenza di ragioni di sicurezza o la particolare complessità del dibattimento, nonché la necessità di evitare ritardi nella definizione del processo.

Tali parametri sembrerebbero richiamare quelli richiesti dal previgente art. 146 bis, il quale imponeva, oltre al fatto che si procedesse per taluno dei reati previsti dagli artt. 51 comma 3 *bis* e 407 comma 2 lett. a) numero 4 c.p.p., la sussistenza di “gravi” ragioni di sicurezza o di ordine pubblico, ovvero, che il dibattimento risultasse di particolare complessità e la partecipazione a distanza fosse necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento.

A ben vedere, però, chiaramente emerge come si tratti, in realtà, di presupposti diversi, o, quanto meno, depotenziati.

Nella nuova formulazione scompare, infatti, il riferimento all'ordine pubblico, e si attenua il requisito delle ragioni di sicurezza, che non si richiede più essere “gravi”.

E' di tutta evidenza, poi, la mutilazione del diritto di difesa dell'imputato.

Non può accettarsi, infatti, la evidente equiparazione definita dalla nuova normativa tra presenza in udienza e partecipazione a distanza : si incide sul diritto di difesa dell'imputato - tecnica e materiale - (art. 24 Cost.), in palese contrasto col diritto al contraddittorio, considerati i principi di oralità e immediatezza che lo caratterizzano ex art. 111 co. II e IV Cost.

La c.d. partecipazione virtuale non è sovrapponibile quanto a tutela alla presenza di persona in aula del soggetto interessato.

Deve precisarsi che solo la compresenza in aula dell'imputato e della difesa comporta la possibilità di attivare il diritto di difesa correttamente, consentendo l'acquisizione diretta degli accadimenti in aula ed un pronto intervento.

Il soggetto che partecipa in video collegamento ha una visione parziale dell'aula, ha limitazioni nell'interloquire, mentre lo stesso giudicante è privato del contatto diretto con gli imputati.

La pacifica interruzione del necessario rapporto diretto imputato /difesa mina il diritto di difesa e del contraddittorio, prescindendo dall'opportuno rapporto continuo tra difensore e imputato.

Il vizio eccepito, inoltre, è aggravato dalla difficoltà di comunicazione che deriva dall'aspetto prettamente tecnico della partecipazione a distanza e che determina difficoltà nella gestione del rapporto difensivo, laddove si consideri che ben due tecnici intervengono nella gestione delle comunicazioni.

Né può prescindersi dal rilevare come la tempistica degli interventi dell'imputato sia filtrata da terzi, incidendo sulla immediatezza, tempestività, prontezza di repliche.

Nel caso in cui, inoltre, si affrontino dibattimenti con plurimi collegamenti a distanza, l'udienza è privata del contraddittorio: i collegamenti diventano complessi, difficili, se non impossibili, cagionando una lesione del diritto all'intervento.

Qualora, eventualmente, sia il difensore a decidere di partecipare a distanza, in uno con l'assistito, si limiterebbe la partecipazione di entrambi alla effettiva oralità ed immediatezza del dibattimento.

Quanto suesposto appare ancor più pertinente nel caso in cui si debba procedere alla disamina di produzioni documentali.

Si impone, inoltre, una opportuna valutazione della segretezza dei colloqui che intervengono tra difesa ed assistito: nel caso di partecipazione a distanza la riservatezza viene meno in considerazione della presenza dei tecnici che dirigono le operazioni, cosa peraltro già accaduta (caso Zagaria).

L'interpretazione della CEDU dell'art. 6, sebbene non lo espliciti, ha chiarito come l'imputato, con riferimento alla rilevanza delle norme che regolano il dibattimento, abbia “il diritto di assistervi, ma anche di ascoltare e seguire il dibattimento”; si è precisato che il diritto di difesa debba esercitarsi in modo “effettivo e concreto”; è stato definito che

eventuali “*limiti a tale diritti devono essere assolutamente necessari*” (sent. CEDU Stanford/UK del 1994, sent. CEDU Imbrioscia/Svizzera del 1994, sent. CEDU Van Mechelen/Paesi Bassi del 1997).

In considerazione di tali limiti, l’illegittimità della norma in esame – alla luce dell’art. 117 Cost. – è manifesta: non emergono, invero, elementi tali da giustificare la menomazione del diritto di difesa, che, nel caso, è reso inesplicabile in concreto.

Invero, l’arbitraria dilatazione dell’istituto della partecipazione a distanza, tale da ricomprendere anche quelle situazioni che non si caratterizzano per il ricorrere di quelle circostanze e condizioni riconducibili a “reati di eccezionale gravità”, non può che apparire contraria alle garanzie costituzionali e convenzionali, poiché rende in ogni momento comprimibili i più essenziali diritti processuali dell’imputato, senza che intervenga alcuna necessaria indicazione normativa a rendere ragionevole una tale compressione.

La disposizione, in particolare, fa riferimento oltre che a sussistenti “ragioni di sicurezza”, alla complessità del dibattimento ed alla necessità di evitare ritardi: trattasi, peraltro, di valutazioni discrezionali del giudice.

Tale ultimo presupposto, inoltre, potrebbe discendere dalle cause più diverse, quali, ad esempio, il numero delle imputazioni o degli imputati, oppure dalla quantità di prove da assumere: fattori assolutamente indipendenti dalla volontà dell’imputato, eppure ritenuti dalla legge sufficienti a prevalere sul diritto di difesa.

Si assiste ad una sproporzionata tutela della mera efficienza della macchina processuale, a scapito dei fondamentali diritti di difesa e del contraddittorio, consacrati dall’art. 111. Cost.

Sebbene anche la ragionevole durata del processo trovi la sua tutela nello stesso articolo da ultimo enunciato, la stessa Corte Costituzionale ha escluso che questo possa entrare in comparazione con il diritto di difesa, ai fini del bilanciamento.

A detta della Consulta, infatti, «una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all’interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall’altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utile allo scopo di abbreviare la durata del procedimento» (Corte Cost. sent. N. 317 del 2009).

L’efficienza, dunque, non si colloca sullo stesso piano del diritto di difesa, poiché essa rappresenta un parametro di relazione, da definire in rapporto al processo penale, ma con le sue garanzie preservate nel loro nucleo fondamentale. Da ciò agevolmente discende che l’efficienza non può essere realizzata al costo di svuotare il diritto di difesa dei suoi contenuti essenziali, esito inevitabile dell’impiego del collegamento a distanza a fronte di una discrezionale scelta del giudicante.

[*ove l’imputato debba rendere testimonianza in altro giudizio*]

Si consideri l’eventuale escussione a distanza del testimone citato ex artt. 197 -210 c.p.p.

La lesione, in primo luogo, del diritto di difesa tecnica e materiale dell’imputato sentito come testimone assistito o imputato in un procedimento connesso è inevitabile.

Non può prescindersi dal sottolineare il rischio che le dichiarazioni da lui rese a mezzo della videoconferenza, portino all’autoincriminazione qualora le risposte abbiano ad oggetto il fatto proprio.

Rischio che la legge stessa limita, prevedendo in tali ipotesi la presenza del difensore al fianco dell’imputato, e che la partecipazione a distanza, al contrario, non può che acuire [*sulla violazione dell’art. 24 Cost. valga quanto affermato in precedenza*].

Ma anche al di fuori dei casi previsti dagli artt. 197 bis e 210 c.p.p., la testimonianza a distanza mina il principio del contraddittorio nella formazione della prova, sancito dall’ art. 111 comma IV Cost.

Ne esce inevitabilmente affievolita la forza euristica dell’esame incrociato.



Il giudice, infatti deve valutare l'attendibilità del testimone, e ciò avviene anche attraverso l'osservazione di comportamenti comunicativi ulteriori rispetto alla dichiarazione resa, quali ad esempio il linguaggio del corpo, la postura, la capacità di mantenere un contatto visivo.

Tutti fattori che, tramite lo strumento della videoconferenza, difficilmente possono essere correttamente percepiti, fino a rischiare di subire distorsioni.

Non da ultimo, in conseguenza dell'utilizzo di tali modalità che comportano il venir meno della compresenza dell'interrogante e dell'interrogato nel medesimo luogo, potrebbe variare o addirittura essere contaminato, il normale ciclo delle interazioni che caratterizza l'esame incrociato.

Il ciclo dell'interazione coadiuva le parti processuali ai fini di una corretta valutazione sia per quanto riguarda la credibilità ed attendibilità del testimone, sia in merito alla sincerità dell'imputato.

Preme sottolineare come, anche in questo caso, la norma sia funzionale esclusivamente a mere ragioni di celerità ed efficienza: anche in questo caso, quindi, non appare giustificata una palese compressione del diritto al contraddittorio e all'immediatezza nell'assunzione della prova, a fronte di mere esigenze efficientistiche, non ricoprendo la ragionevole durata del processo pari rango costituzionale rispetto ai suindicati principi, strettamente tutelati dall'art. 111 Cost., il quale ne disciplina anche eventuali deroghe.

Infine la possibilità di una lettura costituzionalmente orientata della norma appare preclusa dal dato letterale della norma.

Rimini, 9 giugno 2018

I Responsabili

Avv. Maria Teresa Zampogna – Avv. Eugenio Minniti – Avv. Giuseppe Scozzola