

Partecipazione a distanza e diritti del soggetto imputato alla prova del diritto dell'Unione Europea.

di *Amedeo Barletta*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La riforma Orlando e l'intervento sulla partecipazione a distanza. – 3. Le questioni aperte. – 4. L'incompatibilità con il diritto UE. – 5. Le possibili soluzioni della 'antinomia. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

La riforma della disciplina della partecipazione a distanza pone nuove questioni con riferimento all'effettività del diritto di difesa e, soprattutto per quanto ci occuperemo in questa sede, di compatibilità con la normativa e gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea.

Come si proverà di seguito ad argomentare la novella legislativa, ampliando le possibilità di utilizzazione dei collegamenti video e sonori a distanza, prova a stabilire un nuovo punto di equilibrio sollevando al contempo articolate questioni di compatibilità del nuovo assetto con le norme costituzionali e con i vincoli sovranazionali cui il sistema italiano si deve conformare anche per vincolo costituzionale.

Le questioni più complesse sono proprio quelle che riguardano la "videopartecipazione" dell'imputato al processo che lo vede protagonista (volendo ritenere ancora il processo penale quale luogo di tutela delle garanzie del cittadino imputato), mentre più sullo sfondo, e probabilmente meno problematiche dal punto di vista del rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento, appaiono le questioni relative al "telesame" dei testimoni.

2. La riforma Orlando e l'intervento sulla partecipazione a distanza.

comma 77 dell'art. 1 della Legge n.103 del 2017, meglio conosciuto come riforma Orlando della giustizia penale¹, ha inciso, tra le altre tante cose, sulla partecipazione a distanza al processo penale dell'imputato detenuto, portando a conseguenze estreme le previsioni già inserite a partire dalla fine degli anni '90 nel codice di procedura penale e che prevedono la possibilità di disporre la partecipazione a distanza al processo penale dell'imputato detenuto per reati di criminalità organizzata.

¹ Per una riflessione sistematica sulla riforma della disciplina della partecipazione a distanza si veda: P. Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 7-8 del 2017, pagg. 131 ss.

Si tratta di norme che, entrate in forma provvisoria o “a tempo” nel nostro sistema, si sono progressivamente stabilizzate ampliando il campo di applicazione e espandendo il proprio ambito di operatività ben oltre i confini del c.d. “doppio binario”, laddove erano originariamente confinate (esemplare a proposito è la vicenda dell’art. 41 bis OP relativo alle modalità esecutive della pena detentiva per i soggetti appartenenti alla criminalità organizzata che rivestano o abbiano rivestito un ruolo apicale).

L’articolo 146-bis delle disposizioni attuative del codice di procedura penale, nella sua formulazione originaria, è stato costruito essenzialmente come eccezione alla regola della partecipazione diretta (in persona) e la sua applicazione è stata rimessa alla valutazione del Tribunale laddove ritenuti sussistenti alcuni presupposti.

Il catalogo dei reati abilitanti la partecipazione a distanza è stato invero progressivamente ampliato ma sempre secondo una logica di eccezionalità e straordinarietà della partecipazione mediante mezzo audiovisivo dell’imputato e, comunque, prevedendo tutta una serie di cautele e possibilità di assistenza del difensore, anche in forma duale ovvero attraverso la contemporanea presenza nell’aula di udienza e presso il sito remoto collegato.

Una tale logica è stata però sostanzialmente ribaltata dall’intervento normativo operato dal legislatore del 2017 che ha inteso, anche sulla scorta di una consistente campagna mediatica condotta con il sostegno di eminenti appartenenti all’ordine giudiziario, di procedere verso una normalizzazione di ciò che era ritenuto eccezionale, ovvero verso una ampia estensione del ricorso alla teleconferenza sia per il “telesame” (secondo una tendenza in questo caso non solo italiana) che per la “videopartecipazione”, incappando questa volta in una serie di complesse questioni, anche di diritto sovranazionale.

La logica del legislatore del 2017, che ha parzialmente riscritto l’art. 146 bis disp. att. cpp è stata dunque quella di procedere verso la previsione della ordinarietà della partecipazione a distanza del soggetto detenuto per reati di cui all’ art. 51 co. 3-bis o all’art. 407 comma 2 let. a) numero 4 cpp, ed aprire alla possibilità (con la prospettiva che a questo punto diventi di fatto, in un futuro non troppo remoto, la nuova ordinarietà) della partecipazione a distanza dell’imputato detenuto a qualunque titolo, il cui diritto di partecipazione verrebbe in tal modo sacrificato solo in ragione di logiche efficientiste e di economia, pretermettendo le ragioni del diritto di difesa così come quelle connesse al ruolo e alla posizione della parte imputata; ragioni che pure dovrebbero essere centrali nella logica del processo penale.

3. Le questioni aperte.

Le novità introdotte determinano un mutamento dello stesso “statuto processuale del detenuto sottoposto a giudizio” che si vede progressivamente marginalizzato anche nella sua fisicità dal giudizio e confinato nel carcere o nelle sue pertinenze deputate alla partecipazione a distanza, perdendo la possibilità di incidere, pure solo con la propria fisicità, sulle fasi di un giudizio di cui comunque rimane o dovrebbe rimanere elemento centrale.

Come contraltare si prevede la possibilità, già presente nelle previgenti versioni della norma, per lo stesso difensore di assistere al processo a distanza e nel medesimo luogo remoto dell'imputato, scaricando in tal modo i costi ed i disagi sulla parte privata che partecipa al processo. Ciò a dispetto dello statuto costituzionale (rafforzato dalle previsioni inserite nelle carte sovranazionali dei diritti) della persona imputata da considerare sempre e comunque soggetto presunto innocente e rispetto al quale, dunque, sarebbe necessario un atteggiamento dell'ordinamento ben differente.

Di contro le prerogative dell'imputato vengono poste in bilanciamento rispetto a tutta una serie di logiche e considerazioni di economia processuale che, anche quando vengono declinate nel senso di garanzia della celerità e della ragionevole durata dei processi, non possono essere considerate prevalenti rispetto al diritto della parte di difendersi, anche personalmente e di partecipare direttamente ovvero anche fisicamente al processo che lo vede imputato; rimanendo centrale il diritto di presenziare oltre che partecipare e offrirsi alla valutazione dei giudici anche nella propria fisicità, con la possibilità di calarsi nella realtà processuale in tutte le sue dimensioni fisiche, psichiche ed emotive, che di certo nella partecipazione a distanza risultano condizionate se non distorte.

4. L'incompatibilità con il diritto UE.

Tale nuovo assetto normativo, la cui entrata in vigore è stata rinviata al 15 febbraio 2019 appare però essere poco in linea con uno dei provvedimenti caratterizzanti l'intervento dell'Unione europea nella materia penale, competenza acquisita pienamente con il Trattato di Lisbona e specificamente con il disposto della *Direttiva UE 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*.

Il titolo del provvedimento normativo rende da subito chiaro il campo di applicazione della direttiva e lo stesso spirito dell'intervento normativo dell'Unione. Di più, l'articolo 20 della stessa Direttiva prevede al paragrafo 1 il diritto per la parte imputata di presenziare al proprio processo, diritto che deve essere garantito dallo Stato.

La citata disposizione è chiara ed inequivocamente dettata come principio fondamentale del sistema, con la finalità di costituire un diritto proprio della parte imputata, introducendo una pretesa connessa direttamente al diritto di difesa ed alla presunzione di innocenza.

Orbene, è ormai acquisito il valore normativo e l'impatto delle Direttive oltre che la nozione relativa alla capacità di tali fonti del diritto di svolgere effetti anche diretti nel nostro ordinamento.

Sul punto si rinvia alla numerosa letteratura ma qui basti ricordare come le fonti normative UE sono direttamente obbligatorie per gli Stati membri che vi si devono conformare entro il termine imposto dalla stessa Direttiva per la sua piena trasposizione in diritto interno.

5. Le possibili soluzioni della ‘antinomia’.

Vale la pena a questo punto ricordare come una direttiva non trasposta o comunque malamente trasposta risulti comunque atto idoneo a determinare effetti nell’ordinamento giuridico nazionale.

Si va dall’obbligo previsto in capo alle articolazioni interne dello Stato, *in primis* la magistratura, di procedere con una interpretazione della normativa interna che sia conforme con lo spirito e le finalità della Direttiva, sino alla capacità delle disposizioni contenute nella direttiva, laddove dotate di chiarezza, sufficiente precisione ed idoneità dunque alla loro applicazione, a determinare la disapplicazione delle norme interne incompatibili con la conseguente applicazione della normativa nazionale non incompatibile con le obbligazioni discendenti dal diritto dell’Unione europea².

Oltre alle possibilità di applicazione da parte del Giudice nazionale, ulteriori strumenti volti a garantire l’effettività del diritto e delle norme dell’Unione europea sono la possibilità per la Commissione di promuovere una procedura di infrazione (art. 258 e 259 TFUE) contro lo Stato inadempiente (una volta che sia spirato il termine di trasposizione) e la possibilità, sempre per i giudici nazionali (si tratta di obbligo per il Giudice di ultima istanza) di sollevare una questione pregiudiziale indirizzata alla Corte di giustizia dell’Unione europea (art. 267 TFUE) alla quale chiedere, laddove necessario, la corretta interpretazione della norma UE e se questa osti ad una normativa nazionale con la stessa ritenuta incompatibile.

Appare dunque evidente come si ponga un serio problema di incompatibilità della norma interna, per come riformata dalla Legge Orlando, con l’obbligo derivante dalla Direttiva UE.

Giova inoltre ricordare come la Direttiva sia entrata in vigore nel marzo del 2016 e quindi precedentemente alla stessa approvazione della riforma Orlando ed il cui termine di trasposizione era fissato per il 1 aprile 2018.

Ad ogni modo la Repubblica italiana in applicazione dei principi elaborati dalla Corte di giustizia europea, nel caso di specie il cosiddetto *standstill effect*, risulta avere comunque violato il diritto comunitario nell’adottare, nelle more del termine di recepimento della direttiva UE, una normativa nazionale che appare pianamente incompatibile con l’obbligo derivante dal diritto dell’Unione europea³.

² Per tutte le questioni connesse al rapporto tra diritto interno e diritto UE nella materia penale si rinvia a: A.Barletta, *La legalità penale tra diritto dell’Unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011.

³ In pendenza del termine posto dalla direttiva stessa per la propria trasposizione, lo Stato membro destinatario della direttiva si astenga dall’adottare disposizioni che possano gravemente compromettere la realizzazione del risultato che la direttiva prescrive secondo una costante e risalente giurisprudenza; si vedano le sentenze 8 maggio 2003, causa C-14/02, ATRAL; 22 novembre 2005, causa C-144/04, Mangold, 10 novembre 2005, causa C-316/04, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie; 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler.

6. Conclusioni.

Al punto in cui siamo, con la norma divenuta da poco pienamente vigente, toccherà probabilmente agli operatori del diritto proporre e promuovere una interpretazione conforme al diritto UE della normativa nazionale, o, forse più opportunamente al fine di garantire la piena certezza del diritto, occorrerà sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo affinché la stessa valuti se la normativa UE, ed in specie l'articolo 20 della Direttiva 2016/343, osti ad una normativa nazionale che prevede la possibilità che il giudice del processo penale disponga la partecipazione a distanza dell'imputato anche quando questi non vi acconsente esplicitamente.

Appare chiaro come una soluzione ermeneutica quale quella prospettata sia in grado di determinare anche l'illegittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 117 comma 1 della Costituzione, dell'art. 146 bis delle disposizioni attuative del codice di procedura penale⁴.

Di fatto, la questione brevemente prospettata, pone un rilevante problema di ordinata risoluzione delle problematiche derivanti dalla incompatibilità con il diritto dell'Unione europea di norme nazionali inferenti la materia penale in senso lato. Ciò in quanto pur essendo chiaramente possibile, laddove riconosciuta la capacità di produrre effetto diretto delle norme in questione, procedere alla disapplicazione della norma interna incompatibile e in contrasto con la norma UE, è anche chiaro che la delicatezza della questione e la rilevanza processuale della disposizione sospettata di illegittimità, suggeriscono di ricercare una soluzione della problematica stabile e che passi anche per la definitiva espunzione dall'ordinamento di norme incompatibili con il diritto europeo.

Una tale soluzione può essere determinata in via principale dall'intervento del legislatore o della Corte costituzionale. È infatti notorio che un effetto abrogativo proprio della norma comunitariamente incompatibile non si può determinare mediante l'eventuale soluzione della questione ermeneutica determinata dal giudice del caso concreto che proceda o mediante la tecnica dell'interpretazione conforme o anche operando la disapplicazione della norma interna incompatibile con il diritto UE.

Le due richiamate soluzioni lascerebbero, infatti, la norma interna incompatibile con il diritto UE comunque vigente ancorché non applicabile, con conseguenti effetti non in linea con la certezza che è richiesta dal sistema penale.

⁴ A favore della incostituzionalità della Riforma intervenuta con il Decreto Orlando, anche se per profili distinti da quelli in questa sede proposti, anche il documento prodotto dall'Osservatorio doppio binario e giusto processo dell'Unione delle camere penali italiane del 9 giugno 2018, rinvenibile sul sito: www.camerepenali.it