

Riflessioni sulla nuova norma che disciplina la partecipazione al dibattimento a distanza (art. 146 bis, disp. att. c.p.p.)

MASSIMO BIFFA

SOMMARIO: 1. Premessa: l'approvazione della Riforma Orlando. – 2. Le lontane origini della partecipazione al dibattimento a distanza. – 3. La compiuta disciplina dell'istituto ad opera della Legge 7 gennaio 1998 n. 11. – 4. Disfunzioni e criticità dello strumento processuale. – 5. Estensione della partecipazione a distanza: casistica. – 6. La nuova disciplina introdotta dalla Riforma Orlando. – 7. Riflessioni sulla legittimità costituzionale del nuovo art. 146-*bis* disp. att.

1. Premessa: l'approvazione della Riforma Orlando.

Come è ormai ampiamente noto agli operatori, il 14 giugno 2017 la Camera dei deputati ha definitivamente approvato, con voto di fiducia, la proposta di legge C. 4368, nota anche come DDL Orlando, che modifica l'ordinamento penale, sia sostanziale sia processuale, nonché l'ordinamento penitenziario.

La legge si compone di un articolo unico suddiviso in 95 commi e, al comma 77, opera una incisiva riformulazione della disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza.

Per regolare in modo più accurato l'entrata in vigore della nuova, complessa disciplina, al comma 81, poi, il DDL stabilisce che, fatta eccezione per i soggetti che si trovino in stato di detenzione relativamente ai delitti di cui all'art. 270-*bis*, primo comma c.p., all'art. 416-*bis* secondo comma, c.p. e all'art. 74, comma 1, t.u. stup., d.P.R. n. 309 del 1990, per i quali la disposizione diviene operativa con l'entrata in vigore della riforma – fissata al trentesi-

mo giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale – la disposizione sulla partecipazione al dibattimento a distanza entrerà in vigore dopo un anno dalla pubblicazione della legge sulla Gazzetta Ufficiale.

Sembra fondamentale, per comprendere le ragioni che sin dall'inizio hanno indotto il Legislatore ad introdurla nel nostro sistema processuale, ripercorrere la storia della partecipazione al dibattimento a distanza e riflettere sull'incidenza di questo strumento su diritti di rango costituzionale, quali il diritto di difesa e quello al giusto processo.

2. Le lontane origini della partecipazione al dibattimento a distanza.

Sebbene nell'attuale rito penale l'identificazione tra istruzione e processo conferisca particolare rilevanza alla effettiva partecipazione dell'imputato attraverso la sua fisica presenza in aula e sebbene il complesso di diritti di natura partecipativa sia solennemente enunciato anche nell'art. 6, par. 3, C.e.d.u., a mente del quale ogni persona accusata ha diritto, tra l'altro, di difendersi personalmente e di *“interrogare o far interrogare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico”* – attività, queste, che sembrano presupporre anche una presenza fisica dell'imputato e non soltanto del difensore – tutto ciò non ha impedito al legislatore di stabilire che **in determinate situazioni**, ove lo richiedano **esigenze di ordine pubblico o di economia processuale**, la simultanea partecipazione di tutti i soggetti del processo possa o debba svolgersi secondo differenti modulazioni, rinunciando così al contatto “emotivo” che anche la appena ricordata norma convenzionale vorrebbe garantire.

E non ha impedito, come vedremo, neanche il consolidamento e l'espansione dello strumento di partecipazione “virtuale” al dibattimento.

Nel 1992, infatti, con il d.l. n. 306, contenente *“Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa”*, entra nel codice di rito il telecollegamento, come espediente, emergenziale e transitorio, per l'escussione dei collaboratori di giustizia.

Tale decreto introduce infatti l'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p., disciplinante l'esame “a distanza” delle persone che collaborano con la giustizia, in riferimento ai processi di criminalità organizzata, al chiaro scopo di evitare che l'esame di tali soggetti, esposti a rischio di ritorsione per la collaborazione prestata alla giustizia, si possa tradurre in un'occasione di grave pericolo per la loro incolumità fisica.

Perciò, il cuore dell'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p., nella sua versione originaria, consiste appunto nello stabilire che, ove siano disponibili idonei strumenti tecnici, l'esame dei collaboratori di giustizia nel dibattimento avviene mediante il collegamento audiovisivo.

Le modalità di svolgimento del collegamento dovranno essere tali da assicurare la contestuale visibilità delle persone presenti tra il luogo dove la persona sottoposta ad esame si trova e l'aula di udienza.

3. La compiuta disciplina dell'istituto ad opera della Legge 7 gennaio 1998 n. 11.

Il vero e proprio inserimento della partecipazione al dibattimento a distanza nel nostro ordinamento si ha sicuramente con la Legge 7 gennaio 1998, n. 11.

Le videoconferenze in ambito giudiziario, introdotte, come visto, con l'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p., disciplinante l'esame "a distanza" delle persone che collaborano con la giustizia, in riferimento ai processi di criminalità organizzata, hanno infatti ricevuto un importante impulso ad opera della c.d. legge sulla videoconferenza.

Lo scopo della normativa sulla partecipazione in collegamento audiovisivo al dibattimento dell'imputato si ravvisa nell'esigenza di estendere i meccanismi di partecipazione virtuale anche al detenuto non collaborante, in presenza dei requisiti previsti dall'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. al fine di conseguire il **risparmio nei tempi dibattimentali e nella traduzione dei detenuti**.

Il modello della videoconferenza prevede, per gli imputati dei reati indicati nell'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p., di utilizzare moderne risorse tecnologiche al fine di **assicurare la presenza solo virtuale dell'imputato detenuto in carcere nell'aula dibattimentale, quando si verificano le ipotesi predeterminate dalla legge, così assicurando una forma di partecipazione nuova ed alternativa a quella diretta e ordinaria**.

Questa forma alternativa di partecipazione a distanza deve essere disposta dal giudice in via obbligatoria, anche d'ufficio, **con decreto motivato**, nel corso delle indagini preliminari o nel corso del dibattimento, comunicando la relativa decisione, alle parti e ai due difensori, nel termine di almeno dieci giorni prima dell'udienza.

L'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., inserito dall'art. 2 della L. 7 gennaio 1998, n. 11, prevede, infatti, la partecipazione a distanza dell'imputato alle udienze nei casi in cui si proceda per uno dei delitti di cui all'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., **qualora si riscontrino gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico, ovvero il procedimento sia di particolare complessità e vi sia la necessità di evitare ritardi**, anche alla luce della contemporanea pendenza di più processi nei confronti dello stesso imputato in sedi giudiziarie diverse.

Indipendentemente da tali circostanze, è obbligatoria la partecipazione alle udienze a distanza da parte dell'imputato, quando lo stesso sia sottoposto al regime previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit.

Con la legge 7 gennaio 1998, n. 11, quindi, il legislatore apre definitivamente le porte del processo all'impiego degli strumenti audiovisivi per la partecipazione a distanza dell'imputato e per l'assunzione a distanza dell'esame testimoniale.

L'approvazione di questa legge comporta dunque l'introduzione, accanto alle ipotesi di esame a distanza dei collaboratori o degli imputati di reato connesso, anche di quella della partecipazione a distanza dell'imputato al suo processo, ossia quella che comunemente viene definita "videoconferenza" o "teleconferenza".

I dati che appaiono immediatamente significativi sono quelli che, per un verso, disciplinano con minuziosa cura le modalità del collegamento audiovisivo, per altro verso **limi-**

tano temporalmente l'efficacia della legge in questione alla data del 31 dicembre 2000.

Non può non ricordarsi come l'art. 6 della legge del 1998 aveva fissato il termine finale di efficacia delle disposizioni alla data del 31 dicembre 2000 e dagli atti parlamentari si evince che tale scelta è collegata alla *“eccezionalità dell'attuale contingenza”*, quasi a voler dire che il rimedio speciale introdotto dalla legge fosse destinato a durare per il tempo necessario al recupero dell'ordine sociale.

Allo scadere del termine di efficacia previsto dall'art. 6, l. 11/98, però, il legislatore ha scelto di prorogare l'operatività processuale dei collegamenti audiovisivi, pur rimanendo legato ad un regime di temporaneità e di straordinarietà.

Per effetto dell'art. 12 del d.l. n. 341 del 2000, convertito in l. n. 4/2001, il termine ultimo di efficacia dell'art. 146-*bis* è stato fissato al 31 dicembre 2002, nella convinzione che lo stato di emergenza dovuto alle organizzazioni mafiose non potesse dirsi superato, sebbene notevoli passi fossero stati compiuti nella lotta alla criminalità organizzata.

Con la legge 2 dicembre 2002, n. 279, infine, è stato abrogato l'art. 6 della legge 11/98 e quindi ci si è trovati di fronte ad una stabile modificazione del sistema penale in alcuni suoi snodi essenziali, attinenti alla qualità sia del processo che della pena, nonché ai diritti di chi dell'uno e dell'altra è soggetto.

In altre parole, si è prevista la stabilizzazione dell'art. 146-*bis* nella disciplina del processo penale ordinario, rafforzando in tal modo il meccanismo processuale differenziato in materia di criminalità organizzata e di terrorismo.

Il definitivo inserimento nel nostro ordinamento della partecipazione a distanza, unitamente al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. è venuto così a realizzare un meccanismo “a circuito chiuso” nei confronti di detenuti per gravi tipologie delittuose.

Deve essere infatti evidenziato che nel 2001, con la legislazione contro il terrorismo, era stato ampliato il campo di applicazione dell'art 146-*bis* disp. att. c.p.p. estendendolo anche ai delitti indicati dall'art. 407 comma 2, lett a) n. 4, cioè ai delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, nonché ai delitti di cui agli artt. 270 comma 2 (partecipazione ad associazioni sovversive) e 306 comma 2 c.p. (partecipazione a banda armata) purchè sussistano gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico ovvero il dibattimento sia di particolare complessità e la partecipazione a distanza risulti necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento (art. 8 d.l. 374 del 2001).

L'estensione della disciplina delle videoconferenze ai delitti di terrorismo risponde del resto alla stessa logica emergenziale che aveva portato nel 1998 all'introduzione, sia pure nelle norme di attuazione, di una disciplina organica delle forme di collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza dibattimentale e la struttura di detenzione dell'imputato.

4. Disfunzioni e criticità dello strumento processuale.

Come visto, quindi, ai sensi dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., quando si procede per le “famiglie” di reati espressamente individuate dalla norma nei confronti di colui che si trovi in detenzione carceraria - sia di tipo cautelare che in espiazione di pena - e l'Autorità Giu-

diziaria abbia verificato la sussistenza degli eterogenei requisiti richiesti: 1) gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; 2) particolare complessità del dibattimento o, al di fuori dei casi precedenti, 3) l'imputato sia sottoposto al regime dell'art. 41-*bis* dell'Ordinamento Penitenziario, si dovrà far ricorso alla videoconferenza.

Per l'applicazione dell'istituto non è tuttavia sufficiente l'evidenza dei suddetti requisiti, ma occorre che la decisione dell'Autorità Giudiziaria procedente, che conserva quindi un margine di discrezionalità, venga riversato in un decreto motivato.

La norma del 1998 stabilisce quindi che bisogna assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità tra l'aula di udienza e la saletta del carcere in cui si trova il detenuto e che vi sia la possibilità di udire quanto viene detto in aula.

Stabilisce inoltre che il difensore possa consultarsi con il suo assistito in modo riservato, servendosi di mezzi idonei.

È comunque incontestabile che la mediazione telematica comporti inevitabilmente una scomposizione del processo di apprendimento del dato, destinato ad essere percepito da persone tra loro distanti. Del resto, la norma non ricorre ad infingimenti quando descrive gli accorgimenti che debbono essere adottati al fine di garantire l'oralità ed immediatezza.

È allora legittimo e necessario chiedersi se vi sia uno iato tra la prescrizione normativa e l'applicazione pratica della stessa. Occorre dunque chiedersi se, nella realtà del dibattimento, vi siano disfunzioni e criticità originate dalla partecipazione a distanza.

È noto a tutti come gli avvocati penalisti abbiano da sempre combattuto contro la partecipazione al dibattimento a distanza.

Già dal 1992 è stato evidenziato come l'imputato in videocollegamento sia limitato nella sua partecipazione: ricevendo solo inquadrature parziali, può vedere soltanto una persona alla volta, ed è quindi privato della visione d'insieme dell'aula dove si tiene l'udienza che lo riguarda.

Inoltre, non può tacersi che anche dal punto di vista del giudice vi sono limitazioni rilevanti: il Giudice infatti è privo del contatto diretto con l'imputato poiché lo vede attraverso uno schermo e, per esperienza diretta, è possibile affermare che, nella realtà, gli schermi consentono sempre una visione poco nitida. Ed inoltre, specialmente quando, come nei maxiprocessi, i collegamenti in videoconferenza avvengono con più soggetti in contemporanea, la resa di immagine che viene offerta al Giudice è paragonabile a quella di un mosaico. Si parla infatti di "effetto mosaico" perché i volti dei vari imputati sono rimpiccioliti, quasi a formare le tessere di un mosaico o un "album di francobolli", sempre in ragione dell'effetto che si ha quando in aula si vedono tanti soggetti in videocollegamento.

Ma ancora, tra le criticità originate dall'adozione dello strumento della videoconferenza e lamentate dall'avvocatura, occorre segnalare la impossibilità, per l'imputato, di partecipare appieno al processo dovuta alla grande difficoltà di parlare liberamente con il proprio difensore.

Infatti, anche se è vero che l'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. prevede la consultazione riservata tra difensore ed imputato, troppi sono gli ostacoli di ordine pratico che, nella realtà, impediscono l'efficacia e la riservatezza del colloquio tra l'avvocato ed il suo assistito che si trova nella saletta del carcere in cui avviene il collegamento in video con l'aula di giustizia.

L'imputato incontra molte difficoltà ad esprimersi dalla saletta della videoconferenza: bisogna tenere presente che il microfono è spento e l'imputato si trova lontano dal microfono pertanto, innanzitutto, egli deve essere autorizzato ad avvicinarsi al microfono; il personale che assiste in saletta deve essere autorizzato, a sua volta, ad accendere il microfono e solo dopo l'accensione l'imputato è autorizzato a parlare.

Problemi analoghi esistono anche nel caso in cui l'imputato voglia telefonare al difensore dalla saletta di videoconferenza.

Si potrebbe obiettare che questi sono meri problemi della prassi, che non inficiano la bontà della norma.

Purtroppo, però, non si può non ribadire che questi problemi della prassi continuano ad essere tali da ben 25 anni: è dal lontano 1992 che si registrano questi disagi e queste difficoltà oggettive.

A fronte di tutto ciò, quindi, non si può non chiedersi come l'intervento dell'imputato dalla saletta delle videoconferenze possa essere tempestivo nei confronti del suo difensore in aula che, ad esempio, su suo suggerimento, debba fare un'opposizione a domande poste nel corso di un esame testimoniale.

Non si può non chiedersi come un difensore possa effettuare tempestivamente una contestazione a dichiarazioni rese in aula, quando la contestazione nasca dal ricordo più preciso che l'imputato abbia di un fatto, che vuole segnalargli.

Attività difensive, quelle appena ricordate, la cui efficacia dipende essenzialmente dalla tempestività della formulazione dell'eccezione e dalla immediatezza della decisione o della risposta.

Per non parlare poi della riservatezza della consultazione tra difensore ed assistito che si trovi nella saletta del carcere da cui avviene la videoconferenza.

Esiste da tempo una "leggenda metropolitana" – e c'è da augurarsi che sia soltanto una "leggenda" – secondo la quale i colloqui telefonici tra imputato e difensore, che avvengono durante la videoconferenza, sono registrati e controllati.

Non ci sono elementi per affermare se questo sia vero o no, o se lo sia sempre, ma è possibile affermare che nella comunità dei detenuti questo è un credo indiscutibile.

Nella realtà, quindi, tale diffusa convinzione fa sì che il colloquio riservato venga vissuto come un qualcosa di fittizio, come una sorta di colloquio inutile, privando difensore ed assistito di uno scambio fondamentale ai fini della migliore difesa.

Del resto, a conferma di quanto il convincimento dei detenuti non sia poi così lontano dal vero, la giurisprudenza ci ha consegnato un caso concreto.

Al di là del sospetto e della malizia, infatti, ci sono dati importanti che hanno messo seriamente in dubbio l'effettiva riservatezza del colloquio tra imputato e difensore.

Un esempio è quello del noto processo "Spartacus", contro la criminalità casalese, celebrato avanti alla Corte di Assise di Santa Maria Capua Vetere.

Nel corso del giudizio di primo grado un operatore di polizia penitenziaria in servizio in una saletta video del luogo di custodia aveva ascoltato il colloquio telefonico tra un esponente della camorra, in video, ed il suo difensore, che era in udienza e, addirittura, l'operatore di polizia penitenziaria aveva pensato bene di redigere una importante ed

argomentata annotazione di servizio – giunta all’attenzione del Presidente della Corte di Assise - su tutto quanto da lui ascoltato.

A suo parere, infatti, il contenuto della comunicazione poteva avere una grande valenza sia nell’ottica di rendere necessarie nuove investigazioni, sia nell’ottica processuale, per la valutazione e delibazione delle prove già assunte nel dibattimento.

Si potrà obiettare che quanto accaduto nel processo “Spartacus” è un’eccezione che, come in effetti è accaduto, ha trovato adeguata soluzione in quell’ambito ma, nella riflessione sulla partecipazione al dibattimento a distanza, non ci si può esimere dal considerare anche questo tipo di disfunzioni e di problemi.

In sintesi, quindi, si può concordare che l’istituto in esame viola una molteplicità di diritti e principi fondamentali del nostro processo penale, a cominciare dal diritto di difesa, per passare quindi al principio del contraddittorio, a quello dell’oralità, a quello dell’immediatezza.

E ciò, sebbene la Corte Costituzionale si sia pronunciata salvando l’art. 146-bis disp. att. c.p.p. dalle censure di legittimità.

È noto infatti come in passato sia stata posta in dubbio la legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della Legge 7 gennaio 1998, n. 11 (*Disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell’esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifica della competenza sui reclami in tema di articolo 41-bis dell’ordinamento penitenziario*) a causa della peculiarità dei modi di partecipazione processuale che delineava, modi che sembravano menomare sotto plurimi aspetti il diritto di difesa.

La sentenza della Corte costituzionale del 22 luglio 1999 n. 342 ha invece chiarito che “*non è fondata, con riferimento agli artt. 3, 10, 13, 24, 27 Cost., la questione di legittimità degli artt. 1 e ss. L. 7 gennaio 1998 n. 11 (disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell’esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia nonché modifica della competenza sui reclami in tema di art. 41-bis dell’ordinamento penitenziario), in quanto la premessa – secondo cui solo la presenza fisica nel luogo del processo potrebbe assicurare l’effettività del diritto di difesa - non è esatta, alla luce della considerazione che ciò che occorre, sul piano costituzionale, è che sia garantita l’effettiva partecipazione, personale e consapevole, dell’imputato al dibattimento, e dunque che i mezzi tecnici, nel caso della partecipazione a distanza, siano del tutto idonei a realizzare quella partecipazione; il che è quanto si verifica relativamente alla disciplina impugnata.*” (Corte Cost. sent. 342/1999)

La Corte ha quindi affermato che la normativa in argomento, lungi dal limitarsi a delineare i mezzi processuali o tecnici attraverso i quali realizzare gli obiettivi perseguibili, ha tracciato un esauriente sistema di “risultati” che si presenta in linea con il livello minimo di garanzie che devono cautelare il diritto dell’imputato di partecipare, e quindi difendersi, per tutto l’arco del dibattimento.

Si legge infatti nella sentenza dei giudici delle leggi che la norma sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale contiene “*Un quadro di presidi di incisività e completezza tali da rendere la normativa in questione aderente al principio sancito dall’art. 24, secondo comma, della Carta fondamentale, non potendosi certo in tale prospettiva evocare il supe-*

ramento della tradizione – per di più nella specie dovuto alle innovazioni introdotte dalla evoluzione tecnologica – quale elemento in sé idoneo a perturbare equilibri e dinamiche processuali che, al contrario, rimangono nella sostanza inalterati” (Corte Cost., 22 luglio 1999, n. 342, cit.).

Ora, però, se il principio affermato è stato unanimemente condiviso dai commentatori, le critiche si sono appuntate sulla *ratio decidendi* che, anziché essere fondata su un bilanciamento tra interessi costituzionali esclude radicalmente che il sistema della videoconferenza, per come è disciplinato dal legislatore, incida sul diritto di difesa.

Una parte dei commentatori ha infatti osservato come un ragionamento fondato invece sul bilanciamento tra interessi costituzionali sarebbe stato più in linea con altre statuizioni della stessa Corte Costituzionale, che in altre occasioni aveva sottolineato l'importanza della partecipazione fisica e diretta dell'imputato all'udienza.

In tale prospettiva, in effetti, si deve ribadire che, come dianzi rappresentato, pur essendo tutelata la facoltà difensiva di conferire riservatamente con il difensore attraverso opportuni accorgimenti tecnici, e pur essendo garantita la possibilità che nella sede processuale remota l'imputato sia assistito da un altro difensore o da un sostituto, è innegabile che la prassi presenti oggettive criticità e disfunzioni e, di conseguenza, il contatto con il patrono non può mai essere identico a quello assicurato dalla presenza in aula.

Così come una partecipazione a distanza, che pure assicuri la “*contestuale, effettiva e reciproca visibilità*” delle persone presenti in udienza e nei luoghi remoti, non può garantire identiche possibilità di intervento nel dibattimento.

Sono infatti pressochè inevitabili, come dianzi rappresentato, alcune complicazioni, tanto in relazione all'**autodifesa** quanto in relazione alla **difesa tecnica**.

5. Estensione della partecipazione a distanza: casistica.

Ebbene, nonostante le numerose critiche da sempre mosse alla partecipazione al dibattimento a distanza, si registra tuttavia un lento e progressivo consolidarsi dell'istituto che, inserito inizialmente “*a termine*” nel 1998, ha dapprima ricevuto, come visto, delle proroghe alla propria efficacia, per poi divenire parte integrante del nostro ordinamento processuale con l'art. 3 della L. 23.12.2003, n. 279.

Ma non solo, venendo a giorni a noi più vicini, troviamo altre disposizioni che facilitano ed incentivano la partecipazione a distanza nel nostro ordinamento.

Il Codice Antimafia, D. Lvo. 159/2011, all'art. 7, comma 8, stabilisce che nel procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione personali, qualora il Tribunale debba sentire “*soggetti informati su fatti rilevanti per il procedimento, il presidente ed il collegio può disporre l'esame a distanza nei casi e nei modi indicati all'art. 147-bis, comma 2, delle norme di attuazione*” del c.p.p. ed ancora, all'art. 4, lo stesso Codice Antimafia prevede che “*Se l'interessato è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice e ne fa tempestiva richiesta, la partecipazione all'udienza è assicurata a distanza mediante collegamento audiovisivo ai sensi dell'art. 146-bis, commi 3, 4, 5, 6 e 7 delle norme di attuazione...*”.

Inoltre, l'art. 23 del Codice Antimafia, che disciplina il procedimento applicativo delle misure di prevenzione patrimoniali, estende anche ad esso le disposizioni dianzi esaminate, dettate per il procedimento applicativo di misure di prevenzione personali.

Ma ancora, il recentissimo D.L. 17.02.2017, N. 13 (convertito in Legge 13.04.2017, N. 46) "*Procedimenti in tema di immigrazione e protezione internazionale*", materia in cui alle difficoltà di partecipazione si sommano difficoltà linguistiche, all'art. 10 stabilisce che "*L'interessato trattenuto in un centro per immigrati partecipa all'udienza ... ove possibile ... mediante collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza ed il centro...*".

Da questo rapido *excursus* sulla normativa anche più recente, si coglie con evidenza un *file rouge* che si snoda dal 1992 ai nostri giorni e va nella direzione del consolidamento e dell'espansione dell'uso dello strumento della videoconferenza e nel quale si inserisce, "a buon diritto", la proposta di legge C. 4368, nota anche come DDL Orlando, che modifica l'ordinamento penale, sia sostanziale sia processuale, nonché l'ordinamento penitenziario.

6. La nuova disciplina introdotta dalla Riforma Orlando.

Esaurito l'*excursus* storico e la disamina dei contenuti del previgente impianto dell'art. 146-bis, disp. att., c.p.p., imprescindibili per l'analisi della nuova legge, è finalmente possibile prendere in considerazione, da vicino, i contenuti della riforma, che tanto profondamente ha inciso su tale norma.

Come ricordato, il 14 giugno 2017 la Camera dei deputati ha definitivamente approvato, con voto di fiducia, la proposta di legge C. 4368, nota anche come DDL Orlando, intitolata "*Modifica al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*" ed avente lo "*scopo di rafforzare le garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi*".

Tra le innovazioni apportate alle disposizioni di attuazione, quella di sicuro più significativa riguarda la disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza, che è stata completamente rivoluzionata.

Deve essere però rilevato che nella iniziale proposta di legge governativa non si faceva alcun riferimento alla videoconferenza, ma questo tema è stato inserito nel disegno di legge dal gennaio 2015, durante il dibattito dinanzi alla Commissione di Giustizia della Camera.

Il "nuovo" art. 146-bis disp. att. c.p.p. è molto diverso da quello finora in vigore poiché prevede che "*la persona che si trova in stato di detenzione per taluno dei delitti indicati nell'art. 51 comma 3-bis, nonché dell'art. 407, comma 2, lett. a) n. 4 del codice, partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata, anche relativi a reati per i quali sia in stato di libertà*".

Allo stesso modo partecipa alle udienze penali e alle udienze civili nelle quali deve essere esaminata quale testimone (art. 146-bis, comma 1, disp. att. c.p.p.) con una estensione della partecipazione obbligatoria a distanza a situazioni diverse, quindi, da quelle in cui riveste il ruolo di imputato, ed una conseguente, chiara violazione del principio del contraddittorio, quale metodo di accertamento nel processo penale.

Anche la persona comunque ammessa a programmi di protezione, parteciperà a distanza al dibattimento nei processi in cui è imputata (art. 146-*bis*, comma 1-*bis*, disp. att. c.p.p.).

Una apertura rispetto a tali rigidi automatismi si rinviene invece nel comma 1-*ter* nel quale, in relazione a questi soggetti - esclusi quelli sottoposti al regime penitenziario dell'art. 41-*bis* l. n. 354/1975 - il giudice, anche a richiesta di parte, ove lo ritenga necessario - dandone motivazione - può disporre che siano presenti in udienza (art. 146-*bis*, comma 1-*ter*, disp. att. c.p.p.).

Al contrario, sempre motivando, il giudice può disporre la partecipazione a distanza, “quando sussistano **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 ristretta in un istituto penitenziario (art. 146-*bis*, comma 1-*quater*, disp. att. c.p.p.).

In buona sostanza, quindi, 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, a qualsiasi contesto, facendo fondatamente temere che potrebbe prendere sempre più piede il malcelato intento del Legislatore di volerla rendere “normale” nei dibattimenti che coinvolgano soggetti non in libertà, a prescindere dalla natura del procedimento che ha dato luogo allo stato di detenzione.

Il Presidente del Tribunale o della Corte di Assise nella fase degli atti preliminari, ovvero il Giudice nel corso del dibattimento, danno comunicazione di tali determinazioni alle autorità competenti, alle parti e ai difensori (art. 146-*bis*, comma 2, disp. att. c.p.p.) e ciò, quindi, senza che sia necessario un decreto motivato, ma con una semplice comunicazione attesa, come visto, la scomparsa di ogni potere discrezionale da parte del giudice in ordine alla valutazione circa la necessità della partecipazione in videoconferenza dell'imputato.

Non sono cambiate le modalità operative di cui ai commi 3, 4, 5, 6 e 7 dell'art. 146-*bis* in questione, mentre il nuovo comma 4-*bis* prevede che qualora le altre parti e i loro difensori, previa autorizzazione del giudice, intendano intervenire a distanza nei processi nei quali si procede con collegamenti audiovisivi, dovranno assumersi l'onere dei costi del collegamento.

Tali disposizioni dell'art. 146-*bis* disp.att. c.p.p., oltre che nei procedimenti camerale, nel rito abbreviato, nonché nel procedimento di prevenzione, troveranno applicazione anche ai sensi del nuovo comma 8 dell'art. 7, d. lgs. n. 159 del 2011, per l'esame dei testimoni, ove sono richiamate anche le disposizioni di cui all'art. 147 disp. att. c.p.p.

Ora, tirando le somme, sembra proprio evidente che la volontà del Legislatore sia quella di espandere notevolmente la possibilità di usufruire dello strumento della videoconferenza, con tutto ciò che questo potrebbe comportare in termini di risparmio di tempi e costi.

In forza della Riforma Orlando, pertanto, la partecipazione a distanza, considerata sinora un'eccezione legata alla sussistenza di determinati parametri (come visto: sussistenza di gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; particolare complessità del dibattimento

per cui la partecipazione a distanza risulti necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento), diviene ormai la regola per tutti i processi cui è sottoposta la persona che sia detenuta per uno dei gravi reati richiamati nella norma.

In pratica, in presenza dello *status detentionis* per uno dei reati elencati, si procederà automaticamente con la videoconferenza, senza che sia necessario alcun provvedimento del giudice che la disponga.

Nel modificare l'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., la Riforma Orlando ha esteso indiscriminatamente a tutti i processi con detenuti la possibilità di usare il meccanismo della “partecipazione a distanza”.

Per questo motivo, finisce per incidere sull'essenza del “principio di immediatezza” e sullo stesso diritto di difesa.

Temi, come visto, già affrontati al tempo della legge 11/1998 e che furono chiariti grazie anche alla sentenza della Corte costituzionale 342/1999.

I presupposti attualmente previsti dall'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. vengono però interamente ribaltati: mentre, infatti, condizione dell'applicazione dell'istituto è che si proceda nei confronti di un “imputato” di determinati reati tassativamente indicati, che si trovi in stato di detenzione in carcere, ora, **nell'ipotesi riformata**, la condizione non riguarda più l'imputato nei cui confronti si proceda per determinati reati, bensì la persona in quanto sottoposta allo stato di detenzione.

Ne consegue che si procederà a distanza non solo nel caso in cui il detenuto debba essere sentito come testimone, ma anche quando il detenuto sia imputato in un altro procedimento per il quale lo stesso sia “in libertà”.

I fautori della Riforma, pur non potendo negare le obiettive limitazioni al diritto di difesa che il nuovo art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. introduce ed incrementa, hanno sottolineato e valorizzato il grande risparmio economico di un processo celebrato con il dibattimento a distanza rispetto ad un processo che si svolga in modo, per così dire, “tradizionale”.

Certo, si potrebbero dire molte cose a proposito del soppesare e paragonare due beni giuridici – ammesso che entrambi siano beni giuridici – come il risparmio economico da una parte ed il diritto di difesa costituzionalmente protetto dall'altra ma, oltre ad essere affidato alla sensibilità giuridica di ciascuno, il terreno sul quale anche questo argomento che riguarda la videoconferenza pare destinato ad essere affrontato è quello che concerne la conformità del nuovo istituto ai principi fissati dalla Carta fondamentale.

Inoltre, a mò di provocazione, pur volendo riconoscere un certo valore all'argomento “risparmio economico”: c'è stato qualcuno, tra coloro che sono favorevoli al nuovo art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., che si sia preoccupato di approfondire il tema dei costi che la riforma comporta?

Qualcuno del Ministero della Giustizia o del Governo ha considerato i costi dei nuovi strumenti da installare per la videoconferenza?

I costi per il nuovo personale da assumere in vista del notevole ampliamento applicativo previsto?

I costi per la manutenzione della strumentazione che dovrà essere aumentata?

I costi per la gestione e/o installazione di nuove sale video negli istituti penitenziari?

I costi dei consumi elettrici e telefonici ulteriori che ci saranno in ragione dell'ampliamento dei collegamenti audiovisivi?

È stata fatta la somma di tutti questi costi?

E tale somma è stata comparata con il c.d. risparmio economico da videoconferenza? E quale è il saldo?

Ad oggi, sembra proprio che, sul punto, nessuno abbia speso una sola parola.

7. Riflessioni sulla legittimità costituzionale del nuovo art. 146-bis disp. att.

L'idea base della riforma, di estendere l'impiego dei collegamenti audiovisivi a tutti i processi in cui sia coinvolta una persona detenuta per uno dei reati richiamati dalla norma, impone di interrogarsi sulla compatibilità di tale nuova disciplina con la inviolabilità del diritto di difesa garantito dall'art. 24, comma 2 della Costituzione.

In altre parole, visto che la Riforma Orlando, ancora una volta ridisegna i profili dell'istituto del collegamento audiovisivo ampliandone, una volta di più, la sfera di applicazione, occorre verificare se possano essere riproposti e siano tuttora validi gli argomenti sulla scorta dei quali la Corte Costituzionale, con la più volte ricordata sentenza N. 342 del 1999, ha salvato dalle censure di costituzionalità la precedente formulazione dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.

Ebbene, se ci si sofferma a considerare che il discutibile criterio allora adottato dalla Corte per ritenere legittima la norma sottoposta al giudizio è stato, in buona sostanza, quello di ritenere efficaci e funzionali i mezzi usati per le videoconferenze che, in quanto tecnicamente validi, non farebbero venire meno la partecipazione del soggetto al dibattimento, è ovvio che anche il nuovo impianto normativo resisterebbe ad un simile vaglio di legittimità.

Ma non sembra certo questo il punto di vista alla stregua del quale operare la valutazione di conformità della partecipazione "virtuale" al dibattimento, così come disciplinata nel nuovo art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., al dettato costituzionale ed anche alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Oltre a dover sottolineare che la sentenza del 1999 è stata emessa allorchè la normativa esaminata era ancora "a termine", quindi ancora emergenziale e temporanea - il che avrà sicuramente inciso sui criteri di valutazione - deve altresì rilevarsi che, come osservato dai commentatori, la Consulta allora non ha operato il dovuto bilanciamento di interessi tra diritto di difesa ed esigenze di efficienza della macchina giudiziaria, spianando così la strada ai potenziali, futuri ampliamenti della deroga alla regola ed al diritto dell'imputato ad essere presente al **su**o processo.

Ed anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza *Viola c. Italia* del 5 ottobre 2006, ha ritenuto che non potesse ravvisarsi nessuna lesione del diritto di difesa nella previsione contenuta nell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., in quanto la videoconferenza permette comunque all'imputato di seguire adeguatamente lo svolgimento del dibattimento,

consentendogli anche di rappresentare al giudice problemi tecnici che dovessero rendere difficoltoso il collegamento in videoconferenza.

Pur ammettendo, in linea di principio, la possibilità che l'imputato partecipi a distanza al processo, la Corte EDU, nella richiamata sentenza del 2006, ne ha però circoscritto l'applicazione in ragione delle caratteristiche intrinseche del reato per cui si procede

Dalle considerazioni critiche che precedono discende quindi che l'approccio della Corte Costituzionale dovrebbe cambiare: adeguato parametro da assumere a riferimento nella riflessione sulla costituzionalità della norma dovrà essere individuato nel necessario bilanciamento tra il fondamentale diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2 Cost. e le esigenze di celerità ed economicità del processo che, come visto, hanno costituito l'obiettivo perseguito dalla Riforma Orlando, per chiedersi se il sacrificio e/o comunque la compressione del primo a vantaggio delle seconde sia legittimo e conforme alla Costituzione ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nella comparazione tra diritto di difesa e ragionevole durata del processo è evidente che non si può in alcun modo ritenere che quest'ultimo possa trovare maggiore favore perché, se così fosse, verrebbe meno il concetto stesso di processo come sistema organizzato di garanzie da cui evincere il grado di civiltà dell'ordinamento giuridico complessivamente inteso.

Ebbene, la conclusione di questo percorso non potrà non essere quella della impossibilità di ritenere la prevalenza ed accordare quindi maggior favore all'esigenza della ragionevole durata del processo rispetto alla tutela di un diritto del rango di quello di difesa.

Opinare diversamente significherebbe creare una contraddizione nello stesso contenuto dell'art. 111 Cost. poiché al suo interno dovrebbero convivere sia la tutela del principio del contraddittorio, sia la legittimità delle deroghe finalizzate a contenere la durata dei procedimenti.

Questa palese contraddizione sta quindi a dimostrare che l'esigenza di evitare ritardi, così come quella di contenere i costi economici, non è certo classificabile tra gli interessi comparabili con un diritto del rango di quello di difesa.

In chiusura della riflessione sulla legittimità costituzionale della nuova disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza, sembra opportuno ricordare ancora una volta e sottolineare come la proposta di tale legge abbia generato varie proteste da parte degli avvocati penalisti, tanto che, come noto, nelle more dell'approvazione definitiva, la Giunta delle Camere Penali ha deliberato varie astensioni da ogni attività giudiziaria nel settore penale facendo rilevare il **forte contrasto** tra il "nuovo" art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. e i principi costituzionali del giusto processo e manifestando di voler contrastare con determinazione la estensione, tramite la riforma dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., dello strumento del "processo a distanza" indistintamente a tutti i processi con detenuti e senza specifica motivazione.

Bibliografia

D. PULITANÓ, *Commento al DDL n. 2067 sulle proposte di modifica al codice penale e all'ordinamento penitenziario*, *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 3.

G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice penale*, *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 3.

M. DANIELE, *La sagomatura dell'esame a distanza nel perimetro del contraddittorio*, tratto da *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Daniele Negri e Renzo Orlando, Torino, 2017.

M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative – L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012.

P. TONINI, *La partecipazione e l'esame a distanza*, tratto da *Manuale di Procedura penale*, tredicesima edizione, Milano, 2012.

M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Milano, 1901.

P. 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 *Il Processo penale*, diretto da Alfredo Gaito e Giorgio Spangher, Tomo III, *La giustizia penale differenziata – Gli accertamenti complementari*, Torino, 2011

O. DENTE GATTOLA, Presidente di Sezione del Tribunale di Torre Annunziata, "La gestione delle video conferenze", www.penale.it

G. SPANGHER, a cura di, *La Riforma Orlando*, Ospedaletto (PI), 2017.

A. CONZ, LUIGI LEVITA, *La riforma della giustizia penale*, Roma, 2017.

Sentenza Spartacus, Corte di Assise di S. Maria Capua Vetere – II Sezione, Proc.to n. 9/98 – Abbate Antonio ed altri.

Sentenza CEDU 5 ottobre 2006, Ricorso n. 45106/04; M. V. c. Italia.

Corte Costituzionale, Sentenza 342/1999

Lettera dell'Unione delle Camere Penali del 12 settembre 2016 al Ministro della Giustizia, al Capo dell'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, Al Presidente della Commissione Giustizia del Senato.