



Unione delle Camere Penali Italiane
OSSERVATORIO CORTE COSTITUZIONALE¹

Appunti sulle possibili eccezioni di illegittimità costituzionale in ordine alla disciplina del processo da remoto

“Tenuto conto degli abusi, delle incertezze e delle deficienze che hanno vulnerato nel passato l'istituto della difesa” si volle “con una norma chiara, assoluta, garantirne la presenza e l'esperimento attivo in tutti gli stati del giudizio”.

*On. Tupini, presidente della I sottocommissione
Assemblea Costituente seduta del 15 aprile 1947*

1. Premessa

Le modifiche normative in tema di processo penale da remoto, susseguitesi dall'8 marzo al 30 aprile 2020, pongono plurime questioni di legittimità costituzionale, derivanti dalla violazione di fondamentali diritti e principi costituzionali, al centro dei quali si pongono il diritto di difesa, il diritto alla riservatezza, il giusto processo².

La disciplina attualmente in vigore è costituita dall'art. 83, commi 12, 12 *bis*, 12 *ter*, 12 *quater*, 12 *quater.1*, 12 *quater.2* e 12 *quinquies*, del d. l. n. 18 del 17 aprile 2020, convertito nella legge n. 27 del 24 aprile 2020, come modificato dal d. l. n. 28 del 30 aprile 2020 e deriva dunque dalla stratificazione di tre interventi legislativi rapidissimamente susseguiti in cui:

i) il Governo con l'art. 2, co. 7 del d.l. n. 11 dell'8 marzo 2020, reiterato con d.l. n. 18 del 2020, all'art. 83, comma 12, ha esteso le limitate ipotesi di collegamento da remoto previste dall'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., e sino al 31 maggio p.v., a qualsiasi udienza, per tutte le persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare con modalità da individuarsi tramite provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia (d'ora innanzi DGSIA).

Con provvedimento del 10 marzo 2020 il DGSIA ha dato sintetica attuazione alla delega, prescrivendo per le udienze penali l'utilizzo degli strumenti già adottati per i collegamenti di cui all'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. a disposizione degli istituti penitenziari e degli uffici giudiziari; o, in alternativa, i programmi attualmente a disposizione dell'Amministrazione - cioè Skype for Business e Teams - previsti per il settore civile all'art. 2 del medesimo provvedimento.

Entrambe le piattaforme indicate con il DGSIA sono piattaforme commerciali di proprietà della Microsoft Corporation.

¹ Con il contributo degli avv.ti Federico Baffi, Gaia Caneschi, Federico Febbo, Francesco Fratini, Ettore Greci, Pietro Insolera, Ladislao Massari e Stella Romano; coordinamento a cura dell'avv. prof. Vittorio Manes e dell'avv. prof.ssa Irene Pellizzone.

² V. anche, per tutti questi profili, le analoghe considerazioni sviluppate da V. Manes, L. Petrillo, G. Sacconi, *Processo penale da remoto: prime riflessioni sulla violazione dei principi di legalità costituzionale e convenzionale*, in dirittodidifesa.eu (6 maggio 2020).

Obiettivo di tali fonti emergenziali era evidentemente contenere il rischio di diffusione epidemiologica all'interno delle carceri, consentendo al contempo che l'attività giudiziaria nei loro confronti potesse tenersi senza essere sospesa, con irrimediabile lesione degli artt. 2, 3, 13 e 27 Cost.

Al contempo era previsto che il capo dell'ufficio giudiziario, incaricato del compito di definire idonee misure organizzative al fine di consentire la messa in atto di tutti i presidi sanitari, potesse consentire il proseguimento dell'attività processuale in presenza "a porte chiuse", ai sensi dell'art. 472 c.p.p. (art. 83, commi 6 e 7, lett. e);

ii) Il Governo ha posto al Senato la questione di fiducia sul proprio maxiemendamento al disegno di legge di conversione del d. l. n. 18 del 2020 in data 9 aprile 2020 alla Camera ed in data 22 aprile 2020 al Senato. In tal modo, con la conversione nella legge n. 27 del 2020 sono stati inseriti, dopo il comma 12, ulteriori commi volti ad estendere il sistema dei collegamenti da remoto ben oltre le originarie previsioni di cui ai due decreti legge citati, ovvero alla generalità dei casi, "normalizzando temporaneamente", per così dire, il processo da remoto, che diviene il regime processuale ordinario a prescindere dallo stato di detenzione dell'imputato sino al 30 giugno 2020 (comma 12 *bis*).

Il collegamento da remoto resta comunque "possibile" anche nella fase delle indagini preliminari (comma 12-*quater*) per il compimento di specifiche attività; nonché come modalità per le deliberazioni collegiali in camera di consiglio di tutti gli organi giurisdizionali, Corte di Assise compresa (comma 12-*quinquies*) e della Corte di Cassazione (comma 12 *ter* che richiama il comma 12 *quinquies*).

iii) Il Governo ha previsto con d.l. n. 28 del 2020 che il giudice, nei casi di cui sopra, debba comunque trovarsi nell'ufficio giudiziario e che il consenso delle parti al processo da remoto è necessario per le "udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio e a quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti" (art. 3, comma 1, lett. c) e lett. d); ha inoltre introdotto i commi 12 *quater*.1 e 12 *quater*.2 sul deposito di memorie telematiche presso l'ufficio del PM e sulla comunicazione telematica da parte della polizia giudiziaria al PM di atti e documenti.

2. Decretazione d'urgenza e riserva di legge: contrasto con gli artt. 24, 77 e 111 Cost.

L'utilizzo del decreto legge, in combinato disposto con maxiemendamento governativo e apposizione della questione di fiducia in entrambe le Camere, pone profili di dubbia compatibilità con l'art. 77 Cost.: data la ampiezza dell'intervento e la sua incidenza sull'impianto complessivo del processo penale, pesa in primo luogo lo sfavore espresso dalla Corte costituzionale per l'introduzione di riforme con il procedimento previsto a livello costituzionale per la decretazione di urgenza (Corte Cost., sentenza n. 230 del 2013); in secondo luogo, il "voto bloccato" in sede di conversione sia alla Camera sia al Senato ha precluso un confronto dialettico tra le forze politiche rappresentate in Parlamento, in spregio alla esigenza di un adeguato dibattito parlamentare per una riforma così incisiva e penetrante (Corte Cost., sentenza n. 32 del 2014).

Oltre a violare il principio di separazione dei poteri, tale *modus operandi* ha impedito alle Assemblee rappresentative di svolgere una adeguata istruttoria, funzionale all'acquisizione del parere di soggetti istituzionalmente competenti a pronunciarsi in ambiti cruciali per gli interessi costituzionali coinvolti dalla smaterializzazione del processo penale, come tra l'altro il Garante per la protezione dei dati personali, che con nota del 16 aprile 2020 ha preso atto della già consumata violazione del d. lgs. n. 51 del 2018.

Il termine per la conversione ed il "voto bloccato" dalla doppia questione di fiducia hanno inoltre giocato a favore di una delega in bianco a fonti subordinate e ad una amplissima discrezionalità del giudice di elementi essenziali del processo da remoto, con profonda violazione della riserva di legge assoluta di cui all'art. 111 Cost.

Restano così privi di qualsiasi disciplina legislativa da parte del comma 12 *bis* il tipo di connessione, l'inquadratura dei soggetti, le prove audio/video/segnale per l'instaurazione del contraddittorio, le certificazioni digitali di identità dei partecipanti, la simultaneità delle visioni, le modalità di rilievo del flusso di dati necessarie per individuare gli eventuali difetti di collegamento. La incompletezza e vaghezza della fonte primaria sono rese ancor più gravi dall'atto cui è demandata l'integrazione del

precetto: non già un regolamento del Governo, emesso previo parere del Consiglio di Stato e comunque soggetto al controllo del Presidente della Repubblica in sede di emanazione, nonché pubblicato in Gazzetta Ufficiale, ma un provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, tecnicamente nemmeno ascrivibile al novero delle fonti del diritto.

Non solo. Il comma 12 *bis* dell'art. 83 consegna parallelamente al giudice un compito generico ed indeterminato, ossia assicurare che lo svolgimento dell'udienza avvenga “con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti”.

Allo stesso tempo, il comma 12 *quater* abilita al GIP o al PM ad individuare gli atti della fase delle indagini preliminari per cui sia possibile ricorrere al collegamento da remoto, senza indicare in modo tassativo quali siano gli “atti che richiedono la partecipazione della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa, del difensore, di consulenti, di esperti o di altre persone”, ed, in ultima analisi, demandando alla esclusiva valutazione dell'autorità inquirente persino la deroga all'ordinario svolgimento di un atto di indagine, con possibile *vulnus* del segreto investigativo.

È così rimesso alla discrezionale ed insindacabile valutazione del giudice il gravoso onere di garantire aspetti essenziali delle garanzie previste dagli artt. 24 e 111 Cost.: con chiara violazione, in particolare, della *ratio* della riserva di legge assoluta di cui al citato art. 111 Cost., per cui la legge che regola il giusto processo funge da riparo per le parti, e in specie per l'imputato e il difensore, da abusi di potere.

3. Oralità e immediatezza: violazione degli artt. 24 e 111 Cost., nonché dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU

Prescindendo qui dal profilo della fungibilità di un collegamento da remoto con la presenza nella stessa aula, occorre anzitutto sottolineare che nulla è assicurato dalla normativa in esame circa la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in collegamento, non essendo richiesto nemmeno che il sistema di visualizzazione del sistema prescelto dall'amministrazione ministeriale sia adeguato, al contrario di quanto avviene secondo quanto previsto dall'art. 146 *bis* delle disp. att. c.p.p.

Evidente il pregiudizio, derivante da queste lacune, al diritto di difesa e ai cardini del giusto processo, in spregio alla sensibilità da tempo avvertita e veicolata, invece, a livello eurounitario, dove la Raccomandazione del Consiglio dell'Unione Europea C 250/2015 in materia di videoconferenze transfrontaliere sottolinea al § 20 come “occorrerebbe assicurare che la videoconferenza, pur tutelando maggiormente gli indagati, le vittime, i testimoni e le persone vulnerabili, non pregiudichi i diritti della difesa; occorre prestare particolare attenzione a garantire il rispetto dei principi di immediatezza, di eguaglianza delle armi e di contraddittorio. Ciò comporta l'utilizzo di apparecchiature che siano aggiornate, al fine di conseguire un livello sufficiente di qualità audio e video, e sicure in misura proporzionale alla sensibilità del caso”.

Se questa osservazione è indispensabile per dare conto della gravità della sprovvista dell'art. 83, comma 12 *bis*, il cuore della questione risiede nella semplicistica equiparazione tra presenza e partecipazione “virtuale” al dibattimento, in spregio alla percezione diretta dello sviluppo processuale, all'oralità, all'immediatezza, irrimediabilmente colpite dalla smaterializzazione del processo penale, pur se in limitate fasi e pur se dietro consenso delle parti. La mancata osservazione reciproca e ascolto diretto tra giudice, parti e difensori finisce infatti con il frammentare la percezione della realtà, con conseguenti, gravissime ricadute sul dato cognitivo, che nel caso della difesa si traduce automaticamente in un *vulnus* degli artt. 24 Cost. e 111 Cost.

Soccorre sul punto in modo netto ed uniforme anche il quadro sovranazionale, con il Patto internazionale sui diritti civili e politici di New York del 16 dicembre 1966, che all'art. 14, § 3, lett. d) sancisce come “ogni individuo accusato di un reato ha diritto [...] ad essere presente al processo”.

Ulteriori conferme provengono dall'ambito CEDU, e nello specifico da tre sentenze emesse nei confronti del nostro paese, ovvero *Viola c. Italia*, n. 1, *Asciutto c. Italia* e *Zagaria c. Italia* (Corte EDU, 5 ottobre 2006, *Viola c. Italia*, § 60; Corte EDU, 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*; Corte EDU, 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italia*). Il *leitmotiv* di queste pronunce vede l'interpretazione dell'art. 6 § 3

CEDU orientata alla centralità dei “diritti di natura partecipativa i quali dovrebbero presupporre per una loro piena esplicazione la presenza fisica dell'imputato”, sia in ragione del diritto dell'imputato di essere ascoltato, sia in ragione della necessità di controllare l'esattezza delle sue affermazioni e di confrontarle con quelle della vittima.

Si ricordi, in relazione alla frizione col diritto internazionale, che tutti i trattati che hanno “inteso costituire un «sistema di tutela uniforme» dei diritti fondamentali civili e politici” funge da parametro interposto nel giudizio di costituzionalità ex art. 117, primo comma, Cost. - e dunque non solo la CEDU, ma anche il Patto internazionale sui diritti civili e politici (Corte Cost., sentenza n. 349 del 2007; Corte Cost., sentenza n. 120 del 2018 e, per il ruolo riconosciuto al Patto internazionale, *ex plurimis*, Corte Cost., sentenza n. 221 del 2019).

Del pari, la Direttiva (UE) 2016/343 sancisce all'art. 8 co. 1 per gli Stati membri l'obbligo di garantire a indagati e imputati “il diritto di presenziare al proprio processo”. Tale fonte di diritto derivato, per la sua connessione con il “Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale” protetto dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (di seguito: CDFUE) all'art. 47, può analogamente porsi come parametro interposto rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. (Corte Cost., sentenza n. 20 del 2019)³.

3.1. Pubblicità dell'udienza: violazione degli artt. 24 e 111 Cost., nonché dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU

Nel testo si fa riferimento, eccettuandole dall'ipotesi di remotizzazione, «alle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio, e a quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti».

A ben vedere, solo le udienze dibattimentali in cui si procede all'assunzione della prova orale e quelle di discussione sono dunque escluse dal progetto da remoto, rimanendovi all'opposto assoggettate le udienze della fase pre-dibattimentale, per la costituzione delle parti (art. 484 c.p.p.), le questioni preliminari (art. 491 c.p.p.), le richieste istruttorie (art. 493 c.p.p.): tutti passaggi che, come è noto, si svolgono nel contraddittorio tra le parti, giusta la loro rilevanza processuale.

Tale deroga al regime di pubblicità mina la tenuta del modello processuale tratteggiato dal codice nel suo profondo, tenuto conto che l'art. 471 c.p.p. («pubblicità dell'udienza») è non casualmente inserito nel Capo I («disposizioni generali») del Titolo II dedicato al dibattimento, nell'ambito del Libro VII, così da disciplinare in modo unitario le modalità di svolgimento dell'udienza, facendo rientrare tra le caratteristiche centrali del processo la pubblicità e la concentrazione, quali connotazioni funzionali alla piena realizzazione del diritto dell'imputato di partecipare e difendersi.

Del resto, la pubblicità dell'udienza è avvalorata da ulteriori, primari principi di livello costituzionale, assicurando il rispetto degli artt. 1 e 101 Cost., i quali, nel sancire la sovranità popolare e nel prevedere che la giustizia sia amministrata in nome del popolo, richiedono che quest'ultima debba conformarsi alla democraticità dell'ordinamento (Corte Cost. sentenza n. 93 del 2010 e, dello stesso tenore Corte Cost. sentenza n. 373 del 1992 e Corte Cost., sentenza n. 12 del 1971).

La pubblicità non esaurisce peraltro i propri effetti nella connotazione oggettiva di verifica del corretto esercizio del potere giurisdizionale ma, come affermato in sede sovranazionale, essa è oggetto di un diritto fondamentale dell'imputato attraverso gli artt. 6 § 1 C.e.d.u. e 14 § 1 Patto internazionale sui diritti civili⁴. A conferma della centralità del principio, si osservi che il diritto individuale alla trattazione pubblica delle udienze trova oggi ulteriore riconoscimento nell'art. 47 § 2 CDFUE Europea, recepita con lo stesso valore giuridico dei trattati, dall'art. 6 § 1 del Trattato sull'Unione Europea.

Di guisa che, in tema di pubblicità delle udienze, la Corte europea ha ribadito in più occasioni che essa tutela le persone soggette a una giurisdizione contro una giustizia segreta, che sfugge al controllo del

³ In tema v. anche il Documento della Giunta e dell'Osservatorio Europa dell'Unione Camere Penali, *L'udienza penale da remoto alla luce delle garanzie del fair trial nel diritto convenzionale e dell'Unione Europea*, in www.camerepenali.it (6 maggio 2020).

⁴ Si vedano inoltre, sul punto, le osservazioni svolte nel Documento citato nella nota precedente.

pubblico, potendosi prevedere eccezioni ma solo quando ciò sia «strettamente imposto dalle esigenze della causa» (nel senso di affermare che il controllo pubblico è una condizione necessaria a garantire il rispetto dei diritti dell'accusato v. Corte EDU, 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*; nello stesso senso: Corte EDU, 8 luglio 2008, *Perre e altri contro Italia*; Corte EDU, 5 gennaio 2010, *Bongiorno contro Italia*; Corte EDU, 2 febbraio 2010, *Leone c. Italia*).

Gli arresti della giurisprudenza europea – ritenuti pienamente compatibili “con le conferenti tutele offerte dalla nostra Costituzione” (Corte Cost., sentenza n. 263 del 2017) – sono stati posti dalla Corte Costituzionale a base di declaratorie di illegittimità costituzionale attinenti non solo al procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione (Corte Cost., sentenza n. 93 del 2010), su cui si è concentrata la giurisprudenza europea, ma anche a procedimenti ulteriori e distinti, ai quali le conclusioni raggiunte dalla Corte di Strasburgo sono apparse estensibili, in ragione del carattere non prettamente ‘tecnico’ delle questioni in essi affrontate e della rilevanza della “posta in gioco” (Corte Cost., sentenza n. 135 del 2014, con riguardo al procedimento per l'applicazione di misure di sicurezza; Corte Cost., sentenza n. 97 del 2015, in relazione al procedimento davanti al tribunale di sorveglianza, nelle materie di sua competenza; Corte Cost., sentenza n. 109 del 2015, in ordine al procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca in sede esecutiva).

Così, sulla scorta della giurisprudenza di Strasburgo, la Corte costituzionale ha eroso il terreno delle udienze camerali ed ha affermato, pur riconoscendo che la pubblicità delle udienze può subire deroghe in ossequio al principio di riservatezza, la rilevanza costituzionale di principio che rappresenta, comunque sia, una componente naturale e coesistente del processo “equo” (Corte Cost., sentenza n. 263 del 2017).

Ciò attesta la concezione della pubblicità come connotato essenziale delle udienze in contraddittorio, in base non solo all'art. 6 CEDU, ma anche all'art. 111 Cost (in questo senso Corte Cost., sentenza n. 109 e Corte Cost., sentenza n. 97 del 2015 nonché Corte Cost. sentenza n. 135 del 2014): *a fortiori*, dunque, ancora più incomprensibile – e degna di censura – è l'esclusione dall'eccezione prevista dalla legge di tutte le udienze dibattimentali in cui possono essere svolte attività essenziali per il processo (come ricordato: costituzione delle parti, questioni preliminari, richieste probatorie).

4. Diritto di difesa: violazione degli artt. 24 e 111 Cost., nonché dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU

Evidenziata la “rottura della dimensione spaziale dell'udienza”, che è contrassegno concostitutivo del processo accusatorio, emergono due carenze insuperabili da ascrivere all'impianto normativo e relative alla celebrazione dell'udienza ai sensi della disciplina di nuovo conio. La prima è l'assenza, per qualsiasi fase processuale, di un fascicolo informatizzato sulla scorta delle esistenti esperienze, riferibili sia alla specifica esperienza del processo civile telematico (PCT), sia all'esperienza invalsa in materia tributaria con il cd. cassetto fiscale, o di regole che permettano la verifica dell'autenticità degli atti digitalizzati. La seconda è l'assenza di un disciplinare tecnico in grado di definire tassativamente i parametri della celebrazione dell'udienza che ne assicurino requisiti minimi di funzionalità del collegamento *online*, radicato come si è detto nella cattiva qualità della tecnica legislativa utilizzata.

In assenza di norme che regolino questi due elementi, il processo da remoto pone l'imputato ed il suo difensore, ma anche le parti eventuali, nella situazione di non conoscere atti fondamentali per “esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali”, minando nel profondo il diritto di difesa (Corte Cost., sentenza n. 336 del 2008).

Su altro versante, la mancata individuazione di idonei strumenti tecnici che possano garantire efficacemente la riservatezza delle comunicazioni con il difensore durante le indagini preliminari mostra un ulteriore lato “oscuro” delle indagini da remoto, né potrà evidentemente superarsi tale rilevato deficit attraverso l'obbligatoria presenza del difensore nel medesimo “luogo ove si trova il suo assistito”, ma pur sempre a distanza rispetto ad altri interlocutori nelle indagini (cfr. comma 12 *quater* dell'art. 83).

Ciò posto, appaiono evidenti gli anticipati profili di violazione del diritto di difesa e del principio di eguaglianza derivanti dall'eventuale *digital divide* da cui sia affetto il difensore in persona o la sua realtà produttiva in termini di *hardware* e/o infrastruttura connettiva.

Questi rilievi si potrebbero ritenere superati dal d. l. n. 28 del 2020, che come si è detto rovescia sulle parti la responsabilità della “cruciale” scelta tra processo “in presenza” e processo “da remoto”. Tuttavia, al di là dell'apprezzamento per la eliminazione dell'imposizione del processo telematico, occorre comunque prendere atto del drammatico abbassamento del livello di tutela del diritto di difesa e del giusto processo, declassati a materia disponibile alle parti, per di più senza prevedere presidi legislativi della genuinità del consenso (non è specificata nemmeno la forma con cui può essere dato), accorgimenti volti a prevenire che il contesto coarti il consenso e senza richiedere esplicitamente la convergenza di imputato e difensore.

Affidare le garanzie della parte più debole nell'accertamento della verità processuale alla sua libera scelta significa minare il nucleo essenziale degli artt. 24 e 111 Cost., con conseguenze ancor più gravi su un piano costituzionale se si tiene conto che la rinuncia del diritto di difesa non è ammissibile su un piano costituzionale nemmeno per tutelare il fondamentale diritto della libertà di manifestazione del pensiero (Corte Cost. sentenza n. 125 del 1979 e Corte Cost., sentenza n. 188 del 1980) e che il diritto di difesa è stato ricondotto dalla Corte costituzionale, persino, ai “controlimiti” opponibili alle consuetudini internazionali (sentenza n. 238 del 2013), essendo così riconosciuto quale principio supremo dell'ordinamento.

Senza contare che anche l'art. 6 CEDU richiede di approntare una protezione “non solo teorica ma concreta ed effettiva” dei diritti individuali, affinché nessuno subisca un irreversibile pregiudizio dei propri interessi a causa di un *iter* processuale globalmente ingiusto (Corte EDU, 13 maggio 1980, *Axen c. Germania*).

4.1. Assenza di bilanciamento tra diritto di difesa e interesse alla salute collettiva: violazione degli artt. 3, 24, 32 e 111 Cost.

Non pare possibile obiettare che le peculiari modalità di svolgimento da remoto delle udienze, introdotte dal citato decreto-legge troverebbero ragione giustificativa nelle esigenze di prevenzione del contagio riferibili alla “grave emergenza epidemiologica da COVID-19 in atto”.

Il bilanciamento asseritamente operato tra diritto di difesa e salute collettiva, infatti, è privo del necessario riscontro empirico in ordine alle ragioni che a tale deroga sono sottese (richiesto da una consolidata giurisprudenza costituzionale: *ex plurimis*, sentenza n. 265 del 2010); parallelamente, il sacrificio imposto al diritto di difesa non è compensato da un incremento di tutela del diritto contrapposto, anche solo “*prima facie*” (così, chiaramente, Corte Cost., sentenza n. 143 del 2013).

Infatti, gli spazi disponibili nelle aule dei tribunali – secondo un dato di esperienza generalizzato – sono molto più ampi di quelli offerti dagli studi professionali o delle abitazioni private dei difensori, ove gli avvocati dovrebbero riunirsi con i propri assistiti ed eventuali altri codifensori. Inoltre, gli studi professionali dovrebbero essere muniti di dispositivi di protezione che potrebbero mancare in contesti privati, con la conseguenza che proprio il contatto tra difensore ed assistito potrebbe, piuttosto che diminuire, accrescere il rischio di contagio.

Da qui l'irragionevolezza della norma e la conseguente illegittimità, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., nonché con l'art. 32 Cost., mettendo comunque a repentaglio, in un contesto di generale rischio, la salute del difensore.

5. Diritto alla riservatezza: violazione degli artt. 2, 14, 15 Cost.

Come già accennato in premessa (v. § 1 supra), il DGSIA ha dato sintetica attuazione alla delega, prevedendo all'art. 3 l'utilizzo degli strumenti già adottati per i collegamenti di cui all'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. a disposizione degli istituti penitenziari e degli uffici giudiziari, o, in alternativa, dei programmi

attualmente a disposizione dell'Amministrazione - cioè *Skype for Business* e *Teams* – con rinvio all'art. 2 del medesimo provvedimento.

Tali disposizioni si pongono in contrasto con i principi costituzionali ed europei in materia di diritto alla riservatezza e di protezione dei dati personali, sia per il loro rango subnormativo, sia perché omettono di regolare in alcun modo, durante le indagini preliminari e nel processo, la raccolta ed il trattamento dei dati personali oggetto della trasmissione attraverso il collegamento virtuale. Problemi analoghi si pongono anche in riferimento al compimento di imprecisati atti da parte di giudice e PM nel corso delle indagini preliminari, in cui è previsto che il difensore si colleghi da remoto, giacché viene assicurata “la possibilità per la persona sottoposta alle indagini di consultarsi riservatamente con il proprio difensore”, ma risulta carente la tutela della segretezza del segreto investigativo.

I dati oggetto di trattamento dal sistema informatico utilizzato nel collegamento da remoto appartengono, infatti, al possibile status di “indagato” o “imputato” nel procedimento penale (cd. dati giudiziari) e il d.lgs. n. 51 del 2018, totalmente ignorato dal legislatore, ha disposto la piena applicabilità della disciplina di “protezione dati” anche ai trattamenti di dati svolti nell'esercizio della funzione giurisdizionale, come stigmatizzato nella già citata nota del Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali al Ministro della Giustizia il 16 aprile 2020. La criticità si accresce se si considera, come sottolineato ancora una volta nella suddetta nota, che le piattaforme di *Skype for Business* e *Teams* sono erogate da fornitori stabiliti negli Usa, rendendo applicabile il *Cloud Act* statunitense (*Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* o *Cloud Act*, H.R. 4943), il quale attribuisce alle autorità americane di contrasto un ampio potere acquisitivo di dati e informazioni indipendentemente dal fatto che tali comunicazioni, registrazioni o altre informazioni si trovino all'interno o all'esterno degli Stati Uniti⁵. Inoltre, il Garante ha condiviso le ulteriori perplessità espresse dall'UCPI in merito alla “tipologia di dati eventualmente memorizzati da *Microsoft Corporation* per finalità proprie, del servizio o commerciali; sui soggetti legittimati all'accesso ai metadati delle sessioni e, in particolare, sull'eventualità che *Microsoft Corporation* o un amministratore di sistema possa desumere, dai metadati nella sua disponibilità, alcuni dati “giudiziari” particolarmente delicati quali, ad esempio, la condizione di soggetto sottoposto alle indagini o di imputato, magari *in vinculis*”.

La normativa in esame risulta dunque, nel complesso, ampiamente carente, omettendo regole chiare e dettagliate, sufficientemente accessibili e precise in ordine al trattamento dei dati giudiziari oggetto del collegamento da remoto, ma affida di volta in volta alla sensibilità dell'autorità giudiziaria la scelta di procedere da remoto, senza alcuna altra specificazione in ordine alle procedure da seguire per la conservazione dell'integrità del dato giudiziario, l'accesso, l'esame, l'uso, la comunicazione e la cancellazione dei dati giudiziari oggetto di trasmissione telematica entro i tempi di stretta necessità dell'emergenza (o ancor prima!), in modo da realizzare la cosiddetta “minimizzazione dei dati”; nonché senza prevedere uno “statuto” di questo trattamento “speciale” di dati operato con modalità automatizzate, essendo del tutto assente una valutazione dei rischi aggiuntivi che tale modalità pone rispetto all'ordinario trattamento di dati che avviene in sede processuale.

Ciò posto, occorre essere consapevoli, su un piano costituzionale, che il diritto alla riservatezza dei dati personali è manifestazione del diritto *fondamentale* all'intangibilità della sfera privata (Corte Cost., sentenza n. 366 del 1991 e, più di recente, sentenza n. 20 del 2019), il quale riposa, come più volte riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale, sugli artt. 14 e 15 Cost., rispetto ai quali la riserva di legge è valore cardinale (Corte Cost., sentenza n. 20 del 2019; Corte Cost., sentenza n. 173 del 2009; Corte Cost., sentenza n. 372 del 2006; Corte Cost., sentenza n. 135 del 2002; Corte Cost., sentenza n. 81 del 1993; Corte Cost., sentenza n. 366 del 1991; Corte Cost., sentenza n. 20 del 1975;

⁵ La disciplina statunitense relativa al trattamento dei dati personali applicabile alle piattaforme individuate dal DGSIA, ovvero *Microsoft Teams* e *Skype for Business*, è stata criticata dal Consiglio degli Ordini Forensi d'Europa in questi termini: “La legge Cloud è in conflitto con i diritti umani fondamentali, poiché non fornisce gli standard minimi stabiliti dalle corti europee per limitare la sorveglianza elettronica da parte del governo. Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia europea, qualsiasi interferenza con il diritto alla privacy deve essere conforme alla legge, per uno scopo legittimo e limitato a ciò che è necessario in una società democratica”. Cfr. *CCBE Assessment of the U.S. Cloud Act*, consultabile all'URL https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/SURVEILLANCE/SVL_Position_papers/EN_SVL_20190228_CCBE-Assessment-of-the-U-S-CLOUD-Act.pdf, 28 febbraio 2019.

Corte Cost., sentenza n. 34 del 1973 ; Corte Cost., sentenza n. 38 del 1973; Corte Cost., sentenza n. 112 del 1970; Corte Cost., sentenza n. 104 del 1969).

5.1. Segue: violazione dell'art. 117 Cost., in relazione agli artt. 7, 8 e 52 CDFUE

Il diritto alla riservatezza trova compiuta tutela da parte del diritto eurounitario, primario e derivato: fondamentali punti di riferimento sono rappresentati dalla CDFUE (artt. 7, 8 e 52), dall'art. 16 del TFUE, dal regolamento n. 2016/679 (UE) e dalla direttiva (UE) 2016/680, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali.

All'interno di questa ampia tutela, particolare significato assumono i principi, sanciti dall'art. 5 del citato regolamento, della c.d. "limitazione della finalità" del trattamento, della "minimizzazione" dei dati (che si traduce nella necessità di acquisizione di dati adeguati, pertinenti e limitati a quanto strettamente necessario alla finalità del trattamento), della "esattezza" dei dati (per cui i dati inesatti vanno rimossi), della "limitazione della conservazione" dei dati e della "integrità e riservatezza" dei dati.

Secondo questa articolata protezione il diritto alla riservatezza può essere limitato, a condizione ciò avvenga in ossequio al principio di proporzionalità (regolamento n. 2016/679/UE, considerando n. 4) e comunque nel rispetto dell'art. 52 § 1 della CDFUE, per cui la restrizione al diritto deve essere anche prevista dalla legge e preservarne comunque il contenuto essenziale (CGUE, sentenze 20 maggio 2003, nelle cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, Österreichischer Rundfunk e altri, e 9 novembre 2010, nelle cause riunite C-92/09 e 93/09, Volker und Markus Schecke e Eifert).

Ciò posto, è evidente che la normativa in esame non assicura in alcun modo, quantomeno, l'integrità e la riservatezza dei dati sensibili, aggredibili non solo per mezzo del *Cloud act*, ma altresì con accessi occulti ed in maniera generalizzata, data l'assoluta carenza di accorgimenti volti a proteggerli.

Si noti che ciò si riverbera anche su altri diritti fondamentali, come la dignità personale, il diritto all'immagine e la libertà di circolazione e di stabilimento, posto che, ad esempio, il soggetto sottoposto a procedimento penale celebrato da remoto, conclusosi con pronuncia di proscioglimento, potrebbe poi subire trattamenti pregiudizievoli a causa dell'illegittima acquisizione e conservazione di dati giudiziari, in violazione del diritto all'oblio (a proposito del quale potrebbero prospettarsi ulteriori profili di contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost., in relazione agli artt. 14 e art. 2, Prot. n. 4, CEDU).

Parimenti dubbia è la compatibilità con l'art. 48 del Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati regolamento (UE) n. 2016/679 che disciplina trasferimento di dati personali verso Paesi Terzi.

A tale riguardo, viene in rilievo quanto statuito dalla Corte di giustizia nel caso *Schrems*, in tema di trasferimento dei dati di persone fisiche verso paesi terzi, cioè, nella fattispecie, gli Stati Uniti (CGUE, C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*, 6 ottobre 2015): la decisione di adeguatezza adottata dalla Commissione nel 2000, che imperniava la legittimità del trasferimento dall'UE sull'autocertificazione della protezione dei dati personali e sul rispetto dei cosiddetti "principi di approdo sicuro", viene infatti considerata insufficiente alla luce della Carta e del principio di proporzionalità. Più precisamente, la CGUE ha ritenuto che una normativa la quale consente alle autorità pubbliche di accedere in maniera generalizzata al contenuto di comunicazioni elettroniche "pregiudichi il contenuto essenziale del diritto fondamentale al rispetto della vita privata, come garantito dall'articolo 7 della Carta".

In definitiva, la disciplina europea, pur riconoscendo un ampio margine di regolazione autonoma e di dettaglio agli Stati membri con riguardo a certe tipologie di trattamento (in specie con riferimento alla tutela della salute pubblica: art. 35 della Carta di Nizza), impone il rispetto del principio di proporzionalità del trattamento, che nel caso esaminato appare certamente violato, giacchè il nucleo essenziale del diritto è profondamente vulnerato e comunque le restrizioni non sono proporzionate allo scopo del processo da remoto.

Per la corretta impostazione della questione di costituzionalità, in conclusione, occorre ricordare quanto affermato dalle sentenze costituzionali nn. 269 del 2017 e 20 del 2019 – quest'ultima riguardante il diritto alla riservatezza: quando "i principi e i diritti enunciati nella CDFUE intersecano in larga misura

i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana [...] va preservata l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes*" della Corte costituzionale, attraverso il parametro dell'art. 117, primo comma Cost., integrato dalla norma della CDFUE di volta in volta rilevante.

Essendo il diritto alla riservatezza protetto dalla Costituzione sovrapponibile all'analogo diritto tutelato a livello eurounitario, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, commi 12 *bis* e *quater*, dovrà dunque essere posta in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 7 e 8 della CDFUE, e anche ai principi protetti dal regolamento n. 2016/679 (UE), il quale si presenta, infatti, in "singolare connessione" con le pertinenti disposizioni della CDFUE (sul rapporto di "singolare connessione" tra CDFUE v. ancora la sentenza n. 20 del 2019, relativa proprio alle norme eurounitarie qui in rilievo).

5.2. Segue: violazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 8 CEDU

Le disposizioni censurate confliggono anche con l'art. 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU il quale, come noto, tutela il rispetto della vita privata e familiare.

Ingerenze in diritto sono infatti ammesse, in presenza di tre requisiti: 1) una previsione legislativa chiara accessibile e conoscibile; 2) il perseguimento di una delle finalità indicate come legittime dello stesso art. 8, tra cui il diritto alla salute e la pubblica sicurezza; 3) la necessità della misura in una società democratica per il conseguimento delle finalità di cui sopra, così che vi sia proporzionalità tra ingerenza e finalità legittima perseguita.

Problematica è dunque in primo luogo la restrizione del diritto alla riservatezza sulla base di una previsione legislativa contenente una delega in bianco da parte della legge alla DSGIA, la quale dà adito a violazioni strutturali dell'art. 8 CEDU.

Si consideri sul punto che per la Corte di Strasburgo la legge è chiara, accessibile e conoscibile quando traccia chiaramente i confini della portata della discrezionalità delle pubbliche autorità, in modo da mettere gli individui in condizione di agire in conformità alla legge: così, in particolare, la legge – nella sua formulazione testuale - deve fornire ai cittadini una indicazione adeguata circa condizioni e circostanze in cui le autorità hanno il potere di ricorrere a qualsivoglia misura di sorveglianza segreta e raccolta di dati personali (Corte EDU, 21 giugno 2011, *Shimovolos c. Russia*, punto 68). Deve inoltre circoscrivere la discrezionalità conferita alle pubbliche autorità, in modo tale da assicurare agli individui un grado minimo di protezione, al quale hanno il diritto in forza della *rule of law* in una società democratica. Significative a tal riguardo sono alcune pronunce in cui la Corte Edu ha riscontrato che il diritto nazionale non ha fornito idonee e sufficienti garanzie contro l'abuso per ingerenza nel diritto di cui all'art. 8 della CEDU, non avendo il legislatore interno indicato il tipo d'informazioni che avrebbero potuto essere trattate, le categorie di persone nei cui confronti si sarebbero potute adottare misure di sorveglianza, le circostanze in cui tali misure si sarebbero potute prendere o la procedura da seguire (Corte EDU, 4 maggio 2000, *Rotaru c. Romania*, punto 57; cfr. anche Corte EDU, 28 giugno 2007, *Association for European Integration and Human Rights e Ekimdzhiiev c. Bulgaria*; Corte EDU, 21 giugno 2011, *Shimovolos c. Russia*; e Corte EDU, 31 maggio 2005, *Vetter c. Francia*). Simmetricamente, il legislatore interno ha dovuto delegare l'esercizio di un amplissimo potere discrezionale ad enti privati o persone fisiche (Corte EDU, 22 ottobre 2002, *Taylor-Sabori c. Regno Unito*, punto 48 e Corte EDU, 18 ottobre 2016, *Vukota-Bojić c. Svizzera*, punto 77).

Evidente che la totale assenza di una regolamentazione sul trattamento dei dati, affidati attraverso il provvedimento della DSGIA a una società commerciale di diritto statunitense, compromette il requisito di *lawfulness* della misura sotto il profilo dell'eccesso di discrezionalità.

Ciò posto, l'art. 83, commi 12 *bis* e *quater*, non soddisfa per carenze strutturali neppure il requisito della necessità della misura per la tutela della salute e degli altri "*pressing social needs*" indicati dalla norma. Se infatti non vi è dubbio che gli scopi perseguiti dalla disposizione censurata, che intende consentire la prosecuzione dell'attività giudiziaria penale in condizioni di sicurezza durante una grave emergenza sanitaria pandemica, possano risultare legittimi, la misura adottata non è proporzionata ai suddetti scopi.

A tale proposito, l'irrazionale bilanciamento tra i valori in gioco, a tutto detrimento della protezione dei cd. dati giudiziari, sembra costituire misura che interferisce eccessivamente, sul piano sostanziale, nel diritto alla vita privata. D'altra parte, nella giurisprudenza di Strasburgo emerge che, per determinare la proporzionalità generale di una misura, la Corte valuta anche la qualità del controllo parlamentare sulla effettiva necessità della misura, assai carente in questo caso (cfr. §1) (cfr. Corte EDU, 22 aprile 2013, *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, punto 108).

Ed invero, la Corte europea è intervenuta a più riprese accertando la violazione dell'art. 8 da parte di misure statuali viziate da sproporzione rispetto a scopi legittimi. Pur con le dovute differenze, può ricavarsi un principio comune e unificante nelle più rilevanti pronunce emesse al riguardo: esse impongono un rapporto di ragionevole proporzionalità tra la misura della pubblica autorità di conservazione e trattamento dei dati giudiziari, l'impatto che essa determina sulla ampia sfera di vita privata della persona, e gli scopi legittimi perseguiti (Corte EDU, 4 dicembre 2008, *S. and Marper v. the United Kingdom*, punto 103; Corte EDU, 13 novembre 2012, *M.M. c. Regno Unito*; Corte EDU, 18 settembre 2014, *Brunet c. Francia*; Corte EDU, 13 febbraio 2020, *Gaughran v. The United Kingdom*).

Ne risulta, dunque, una ulteriore violazione costituzionale, rilevante ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., e del parametro interposto offerto dall'art. 8 CEDU, come interpretato dalla menzionata giurisprudenza della Corte EDU.