

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

5/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

LA RESA DELLA GIUSTIZIA PENALE DI FRONTE ALLA BUFERA DEL CONTAGIO

di Ennio Amodio e Elena Maria Catalano

SOMMARIO: 1. La ineludibilità della giurisdizione e il valore costituzionale della continuità. – 2. La paralisi della attività giudiziaria nella normativa dell'emergenza sanitaria. – 3. La riserva di continuità giudiziaria e la degradazione delle forme processuali. – 4. Le vicende evolutive del processo a distanza. – 5. Lo svilimento del contraddittorio nelle udienze in videoconferenza. – 6. Le cautele anticontagio: i dispositivi della prevenzione ordinaria; le udienze in *open air*; i pannelli trasparenti anticontatto. – 7. Le auspicabili linee operative del processo penale nella seconda fase dell'emergenza sanitaria (12 maggio-31 luglio 2020).

1. La ineludibilità della giurisdizione e il valore costituzionale della continuità.

L'immagine che si offre agli italiani è quella di una bandiera bianca issata su tutti i palazzi di giustizia della Penisola. La normativa dell'emergenza sanitaria ha svuotato corti e tribunali. E i protocolli elaborati dai capi degli uffici giudiziari, sia pur per il nobilissimo scopo di prevenire il contagio, hanno contribuito a lanciare il messaggio del "tutti a casa", restringendo ancor di più l'area della continuità giudiziaria. Così la giustizia, *lucerna iuris* nella tradizione medievale, si è ridotta a un lumicino che rischiarava qualche angolo un po' nascosto delle aule di udienza in cui giungono voci ed immagini in videoconferenza della convalida di un arresto in flagranza.

Si poteva evitare questo desolante spettacolo di quiescenza del potere giudiziario? Probabilmente, sì. Bastava, almeno per la giustizia penale, rileggere alcune norme della Costituzione (art. 101, 111 e 112) per ricavarne un insegnamento che può essere espresso con parole tratte dalla tradizione filosofico-giuridica inglese: se le norme fossero risultati, non ci sarebbe bisogno dei tribunali. In altri termini, se fossero sempre rispettati gli imperativi "non uccidere" e "non rubare", la funzione giurisdizionale potrebbe essere cancellata, almeno per quanto riguarda il penale, dal sistema costituzionale dei poteri dello Stato. Ma poiché così non è, non si possono autorizzare i giudici a dismettere la toga, per il dilagare di una pur tremenda calamità sanitaria. È come se si riconoscesse che la legge declama i suoi comandi in un deserto da cui non potranno mai scaturire aspettative di giudizio e di punizione.

Anche dalla norma processuale ordinaria si desume una disciplina ben capace di resistere alle epidemie. Per il nostro codice, la prevenzione del contagio si arresta alla metà dell'aula di udienza del dibattimento penale, vale a dire a quella linea di confine tra il pubblico e gli attori della scena giudiziaria che è segnata dalle transenne. Quando può nuocere alla pubblica igiene, la presenza degli estranei al rito processuale deve essere esclusa, ordinando il giudizio a porte chiuse (art. 472 c.p.p.). Lo prevedeva già in

modo ancor più incisivo la norma del codice Rocco che faceva riferimento alla diffusione di «morbi epidemici o di altre malattie contagiose» (art. 423). Forse nella mente del legislatore era ancora vivo il ricordo della tragedia vissuta a causa della “spagnola” che nel 1918 aveva flagellato anche l’Italia.

Del resto, se si ha cura di leggere le disposizioni del sistema vigente che danno rilievo agli impedimenti per ragioni di salute dei protagonisti della fase dibattimentale (giudici, pubblici ministeri, imputati e difensori), si trae la conferma che la legge processuale non ha previsto altro se non patologie di singole persone al fine di giustificare la sospensione del processo. Mancano del tutto norme intese a dare rilievo al pericolo di una infezione contagiosa capace di inibire con la sua estesa potenzialità patogena il funzionamento stesso dell’intera macchina giudiziaria in una o più sedi.

Bisogna quindi prender atto di un silenzio normativo che esprime una corposa realtà, rilevante, come si è visto, anche sul piano del diritto costituzionale: per arginare un contagio è consentito tener fuori dalle aule di udienza il pubblico, ma la liturgia processuale può e deve continuare. L’esercizio della giurisdizione è direttamente collegato alla sovranità dello Stato e non può essere assoggettato a un regime di *lockdown*. Non è nemmeno pensabile, sul piano dei principi costituzionali, una quarantena della giustizia. Il pubblico ministero veglia sul rispetto dell’ordine sociale, così come la polizia ne previene ogni turbativa e i giudici esercitano il potere di accertare le patologie della vita di ogni giorno che definiamo reati, così come i medici negli ospedali combattono le malattie che aggrediscono il corpo umano.

Non bisogna poi dimenticare che anche il canone della ragionevole durata prescrive al legislatore di operare con il massimo impegno per evitare in tutti i modi la dilatazione dei tempi del processo.

La giustizia non può dunque arretrare neppure davanti alla pandemia. È una istituzione che svolge una funzione di «protezione civile» e deve perciò essere sempre pronta a soddisfare la domanda di tutela dei cittadini. La sua vitale importanza per il Paese ne mette in luce la ineludibilità, intesa come continuità operativa anche là dove lo scossone sul piano sociale è assai forte, proprio come avviene oggi sotto la pressione incessante dell’infezione virale.

Non si pensi che il registrare l’inarrestabilità del rito giurisdizionale anche di fronte all’incalzare del contagio si risolva in una semplice affermazione di principio, priva di concreta incidenza nella disciplina da privilegiare nel presente momento storico. Anzitutto perché, volendo rendere operanti, come è doveroso, le necessarie cautele di sicurezza sanitaria nel processo occorre rispettare i limiti di proporzionalità nel dare spazio alla tutela della salute senza intaccare l’indeffettibilità dei valori tipici della giurisdizione.

Da un lato, infatti, non si possono comprimere le garanzie individuali riconosciute dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo fino a snaturare la fisionomia del giusto processo. Se ne venisse fuori una vera e propria deroga agli *human rights*, imposta dalla necessità di fronteggiare una «calamità naturale», il nostro Governo dovrebbe comunicare al Consiglio di Europa le misure speciali adottate (art. 15 CEDU). Dall’altro lato, anche se la nostra Costituzione protegge la salute come bene primario (art. 32), ogni irragionevole espansione di questo ambito che restringa il diritto al *fair*

trial fino a far scomparire l'effettività di una delle sue componenti, come ad esempio quella del difendersi provando, darebbe luogo ad una incompatibilità con la legge fondamentale.

È evidente insomma che l'essenzialità della giurisdizione, come pilastro della *salus societatis*, non può essere distrutta per assicurare la *salus personae*.

Certo, il bilanciamento tra i due interessi era più facile nel rito inquisitorio del codice Rocco in cui il giudizio si risolveva il più delle volte in una solitaria rivisitazione del fascicolo istruttorio da parte del giudice dibattimentale¹. Ora, invece, la formazione della prova nel contraddittorio rende il rito di primo grado una sede da presidiare con maggior impegno quando si rende necessario, come accade oggi, fare ricorso all'uso di cautele anticontagio.

2. La paralisi della attività giudiziaria nella normativa dell'emergenza sanitaria.

Con una formula perentoria, inconsueta nella nostra tradizione legislativa, l'art. 83 c. 1 del decreto legge n. 18 del 17 marzo 2020 ha disposto il "rinvio d'ufficio"² di tutte le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari, dal 9 marzo al 15 aprile 2020. Quest'ultima data è stata poi prorogata, come si sa, all'11 maggio. Parallelamente è stato sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto del procedimento fino all'11 maggio 2020. Ne è così derivato un congelamento di tutta l'amministrazione della giustizia nell'area di più alto profilo, attinente alla attuazione dei comandi legislativi mediante applicazione del diritto da parte del giudice.

Come risulta evidente dal perimetro segnato dall'oggetto del rinvio, riferito appunto alle sole udienze, è fatta salva tutta l'operatività della magistratura inquirente nell'area delle indagini preliminari, non solo per quanto riguarda l'acquisizione delle fonti di prova, ma anche per l'esercizio di poteri dispositivi e decisorii riconosciuti al pubblico ministero nel corso della sua attività investigativa. Si pensi, ad esempio, all'avvio di un accertamento tecnico non ripetibile (art. 360 c.p.p.) o all'ordine di restituzione delle cose sequestrate richieste dall'indagato (art. 263 c. 4 c.p.p.)

Sembra dunque che il legislatore dell'emergenza sanitaria abbia assunto quale *ratio* della normativa speciale il criterio pratico definibile in termini di "indice di affollamento" del lavoro giudiziario. Movendo dell'idea che le udienze impongono un

¹ Nell'ideologia totalitaria assumeva rilievo un ulteriore interesse, estraneo al quadro dei valori del nostro sistema democratico. Si affermava infatti che lo «*Stato ha non solo il potere ma altresì il dovere di esigere la punizione del delinquente*» e di conseguenza il principio di «*continuità del procedimento*» escludeva che il corso della giustizia potesse interrompersi (V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, I, 1931, p. 212).

² Sul piano del lessico legislativo «rinvio di ufficio» è una formula impropria perché designa il provvedimento che scandisce, all'interno dei singoli procedimenti, la soluzione di continuità dell'*iter* processuale. A ben vedere si tratta di una *sospensione* disposta con un atto del Governo avente forza di legge che impone agli organi giurisdizionali di non procedere oltre nelle attività di udienza, previste invece come doverose dalle disposizioni costituzionali, codicistiche e di ordinamento giudiziario.

concorso di soggetti impegnati nello stesso spazio si è giustamente ravvisata una maggiore pericolosità di contagio nei luoghi in cui si esercita la giurisdizione rispetto a quelli in cui si muovono i magistrati inquirenti nelle indagini preliminari con modalità operative che non coinvolgono il più delle volte le parti private.

Non si può certo avanzare alcun dubbio sulla plausibilità di questa distinzione sul piano del buon senso ed anche dal punto di vista dell'interesse pubblico a mantenere sempre attiva l'operatività del pubblico ministero³. L'immagine di una giurisdizione bloccata per il diffondersi di una epidemia che invece fa salve le indagini funzionali all'esercizio dell'azione penale mette però in risalto un divario assai poco allineato ai principi costituzionali. Ne vien fuori, con non poca meraviglia, l'idea che quando una nazione è messa sotto scacco da un morbo contagioso, i magistrati della pubblica accusa continuano a mantenere la loro posizione di sentinelle delle manifestazioni criminose, mentre i giudici lasciano la toga per ritirarsi nelle retrovie.

Certo, si potrebbe replicare osservando che in una situazione provvisoria tale da imporre quanto meno di ridurre il numero di persone necessario a garantire il minimo di effettività del servizio, si mantiene attiva la *force de frappe* del pubblico ministero mentre si rinuncia alla forza di prevenzione speciale insita nella sentenza del giudice. Si tratta però di una scelta - è difficile negarlo - che relega in secondo piano proprio il ruolo centrale riservato, in un sistema democratico, al giudice quale risolutore dei conflitti e custode delle garanzie riconosciute ai cittadini.

Al di là di questo profilo, è però ancor più incompatibile con il principio di essenzialità della giurisdizione far tacere i giudici di fronte ad una sia pur terribile pandemia assimilandone il rilievo giuridico e sociale a quello di altre funzioni pur importantissime, ma assai meno centrali per la vitalità del sistema democratico. Entrare in un palazzo di giustizia non è come mettere piede in una università, nella Galleria nazionale di arte moderna a Roma, nella Scala o nello stadio di San Siro a Milano. La formazione e la diffusione del sapere scientifico, l'arte, la musica e lo sport sono beni di primaria importanza, ma non danno luogo all'esercizio di poteri dello Stato, non implicano la manifestazione della sovranità come avviene invece quando entra in gioco l'amministrazione della giustizia.

Ordinando di chiudere le aule di udienza in cui i giudici sono chiamati a pronunciarsi sulle accuse incentrate su fatti di reato ovvero a risolvere le liti civili, la decretazione dell'emergenza sanitaria ha ripudiato il principio della continuità giudiziaria radicato sul ruolo della giustizia come servizio pubblico essenziale⁴. È come se si fosse disposta la sospensione del potere di legiferare mediante il divieto di accesso dei parlamentari al Senato o alla Camera. È difficile convincersi della legittimità di una

³ È perciò davvero inspiegabile la fretta con la quale molte Procure hanno chiuso tutti i loro uffici eludendo qualsiasi esigenza dei difensori e del pubblico. Ai primi è stato talvolta negato persino il diritto di accedere agli uffici del pubblico ministero per acquisire le copie degli atti depositati a norma dell'art. 415 *bis* c.p.p. Al riguardo v. però ora la circolare n. 26 del 7 maggio della Procura della Repubblica di Milano.

⁴ È significativo che la legge 12 giugno 1990, n. 146 sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, sia pure con una visuale più restrittiva di quella qui prospettata nel testo, ricomprenda tra «l'amministrazione della giustizia, con particolare riferimento ai provvedimenti restrittivi della libertà personale ed a quelli cautelari ed urgenti, nonché ai processi penali con imputati in stato di detenzione».

paralisi dell'amministrazione della giustizia quando altri esponenti dei poteri dello Stato, come le forze dell'ordine, i Ministeri, le Regioni e i Comuni rimangono in prima linea a tutelare i cittadini nonostante la terribile minaccia dell'infezione virale.

Tanto più ingiustificato appare il fermo della giurisdizione, se si pensa che proprio le circostanze eccezionali di isolamento domiciliare imposte in tutto il Paese per la prevenzione del *virus* rendono oggi assai meno temibile l'attacco della criminalità, costretta a demordere da una stretta ambientale, che scoraggia le condotte illecite⁵. In questa parentesi di minor pressione del carico di lavoro giudiziario, si potrebbero aprire scenari più virtuosi per dare una risposta all'arretrato che si è accumulato nel tempo.

Comunque la si guardi, dal punto di vista costituzionale o da quello pratico-funzionale che apre prospettive di recupero dell'efficienza, la scelta della normativa emergenziale che fa tacere per un tempo non insignificante l'esercizio della giurisdizione appare certamente ingiustificata e inopportuna.

Non va però dimenticato che lo stesso legislatore dell'emergenza dimostra di aver avuto la consapevolezza dello strappo provocato nel sistema processuale decretando la paralisi della giurisdizione. Infatti, nello stesso decreto n. 18/2020 con il quale è stato disposto il rinvio di ufficio di tutti i procedimenti si è previsto che questo regime obbligatorio di sospensione della attività giudiziaria dovesse cessare alla data del 15 aprile 2020, termine poi prorogato all'11 maggio (art. 83, c. 1). Ciò significa che il blocco dell'operatività giudiziaria per il pericolo della epidemia è stato concepito come misura del tutto provvisoria e a termine, destinata ad essere sostituita da un regime di facoltatività tra quiescenza e ritorno alla normalità operativa sia pure con tutte le cautele idonee a proteggere dal contagio gli operatori del processo.

3. La riserva di continuità giudiziaria e la degradazione delle forme processuali.

Bloccato il corso ordinario dei processi, è stato costruito in primo luogo un canale in cui confluisce la materia giudiziaria non rinviabile e destinata quindi a dar luogo alle udienze da tenere nonostante il pericolo dell'epidemia (art. 83 c. 3 d.l. n. 18/2020)⁶. Oltre a questa riserva di continuità, si è giustamente prevista una disciplina delle cautele

⁵ È questo lo scenario avvertito in sede letteraria da Camus nel suo romanzo *"La peste"* da cui affiorano le considerazioni di un giudice istruttore circa il rallentamento che subisce la attività giudiziaria a motivo della diminuzione della criminalità: «con la peste, non più inchieste segrete, non più scartafacci, non più misteriose istruttorie e arresti imminenti.... Le questioni che noi chiamiamo di diritto comune diminuiscono...non ho più che da istruire le trasgressioni gravi alle nuove norme» (A. CAMUS, *La peste*, 1947, trad. it., Bompiani, 1961, p. 185, 140).

⁶ Sui contenuti del d.l. n. 18 del 2020 in materia di giustizia penale v., con diverse prospettive, E. DOLCINI-G. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto "Cura Italia": a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sistema penale*, 20 marzo 2020; E. MARZADURI, *Le sorti dei detenuti sottoposti a custodia carceraria ai tempi del coronavirus*, in *Legislaz. pen.*, 24 marzo 2020; O. MAZZA, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia*, in *Arch. pen.*, 16 aprile 2020; A. SCALFATI, *La custodia cautelare durante l'emergenza sanitaria; leggi confuse e illiberali*, in *Arch. pen.*, 7 maggio 2020; G. SPANGHER, *Covid-19: nel disastro si vede chiaro*, in *Penale. Diritto e procedura*, 21 aprile 2020; L. STORTONI, *L'imputato ai tempi del COVID - 19*, *ivi*, 16 aprile 2020.

anticontagio da adottare nei casi in cui, appunto, si deve dar corso all'esercizio della giurisdizione in via di eccezione rispetto alla sospensione generalizzata dei processi (art. 83 commi 5, 6, 7, 12 d.l. n. 28/2020).

Ebbene, è proprio su questo terreno residuale che viene ad affiorare una concezione dei processi da celebrare "in deroga" che dà vita ad una «giustizia minore» da attuare in modo sbrigativo, certo con tutte le misure necessarie a fronteggiarne la oggettiva pericolosità ma proprio per questo rischio da espletare in gran fretta. Quel che più conta è il risultato, la pronuncia di una sentenza, e non il *modus procedendi*.

Analogamente, nella disciplina dedicata alla rimodulazione delle forme, resa necessaria per la prevenzione del *virus*, si manifesta un *novum* per il nostro sistema che dà origine a fonti normative di secondo grado, destinate ad assicurare una maggiore elasticità delle regole organizzative e di condotta processuale, che devono adattarsi al diverso grado di pericolo esistente nelle singole sedi ed alle specifiche disponibilità di locali e di attrezzature rinvenibili nei diversi uffici giudiziari.

L'art. 83 commi 5, 6 e 7 del d.l. n. 28/2020 attribuisce ai capi degli uffici giudiziari il potere di emanare disposizioni organizzative e prescrittive di cautela anticontagio. Ne è derivata una fioritura di protocolli operativi tali da contribuire a delineare in modo inedito una procedura penale dell'emergenza sanitaria⁷. Così il proposito del legislatore di creare una «giustizia minore» dominata da un obbligo di risultato, compatibile con le esigenze di sicurezza antivirus degli operatori processuali, ha trovato nei protocolli di conio giudiziario una ulteriore spinta a degradare le forme nel modo più funzionale agli obiettivi di prevenzione del contagio.

Nella riserva di continuità, la decretazione emergenziale ha collocato due categorie di procedimenti definibili, con una certa approssimazione, mediante il richiamo dei parametri dell'urgenza e della qualità di persona detenuta dell'indagato o dell'imputato (art. 83 c. 3 lett. b, c, d.l. n. 18/2020).

Non a caso al primo posto nell'elenco dei processi indifferibili è stata inserita l'ipotesi della udienza di convalida dell'arresto in flagranza e del fermo. Manca invece un espresso riferimento al giudizio direttissimo che invece, come era naturale, nella prima esperienza applicativa si è confermato come lo sbocco in cui più di frequente si realizza la giustizia dell'emergenza. Non si ha invece finora notizia dei numeri riguardanti le altre fattispecie a trattazione necessaria. Questa casistica, che ricomprende le misure di sicurezza, le misure di prevenzione e l'incidente probatorio, alla luce della prassi conosciuta nel regime processuale ordinario, non autorizza a pensare all'avverarsi di numeri significativi.

Diversa è la problematica dei procedimenti contro persone detenute, per i quali lo stesso art. 83 comma 3, lett. b), prevede la richiesta dell'imputato come condizione per

⁷ Questo potere dei giudici di autoregolamentare il proprio procedere nella attività giudiziaria anche con riguardo alle condotte delle parti è molto diffuso nelle corti di *common law* dove viene definito *inherent jurisdiction*: sul punto v. H. M. DOWLING, *The Inherent Power of the Judiciary*, in *Indiana Law Journal*, 1935, vol. 11, p. 117.

la procedibilità *extra ordinem*. Si tratta certamente di una disciplina, mutuata da quella dei procedimenti speciali conati dal codice del 1989, che fa dipendere il rito dal consenso dell'imputato. Qui però, come è stato giustamente osservato, l'imputato detenuto finisce per essere costretto ad optare per il processo a trattazione immediata per evitare la paralisi dei termini di custodia cautelare ma in questo modo deve accettare il rito speciale meno garantito⁸.

Per quanto riguarda la rimodulazione delle forme, dalle linee guida finora elaborate dai vertici degli uffici giudiziari vien fuori con netta evidenza la delicata problematica del processo a distanza. Si dirà più avanti (v. paragrafo 4) delle vicende evolutive di questa speciale procedura *on line* e dei suoi limiti sul piano tecnico e su quello del rispetto delle garanzie. Qui occorre segnalare una tendenza che affiora da un primo esame pur sommario delle molteplici declinazioni delle misure organizzative adottate nelle diverse sedi.

C'è una propensione dei vertici dei tribunali e delle corti di appello a privilegiare l'udienza in videoconferenza. Certo questa opzione sconta il convincimento che un simile *medium* tecnologico offre maggiori garanzie in termini di prevenzione del contagio virale. Al riguardo è però facile osservare, in senso contrario, che quella che si è qui chiamata riserva di continuità configura già di per sé un rito speciale per le forme particolari imposte dalla ricerca di una celerità *contra morbum*. E quando a questo limite intrinseco si aggiunge il mezzo della comunicazione a distanza con l'inevitabile spaesamento conseguente all'abbandono dello spazio giudiziario ordinario, ne deriva una doppia degradazione delle forme tale da erodere in modo sostanziale la garanzia del giusto processo.

4. Le vicende evolutive del processo a distanza.

Guardando più da vicino la disciplina del procedimento in videoconferenza, sperimentato nel pur breve arco di tempo segnato dalla emergenza coronavirus, si possono registrare, in successione, tre momenti diversi. Ad una prima fase, caratterizzata dalla cauta introduzione di una ipotesi isolata e monosoggettiva di partecipazione a distanza, fa seguito una svolta in cui la "giustizia digitale" viene estesa allo svolgimento integrale dell'udienza e delle camere di consiglio. Infine, in un terzo approccio viene ridimensionata l'attività *inter absentes* escludendo la videoconferenza per la discussione e l'assunzione delle prove, a meno che le parti esprimano il consenso al rito a distanza.

Nella primissima fase dell'emergenza, il testo del decreto "Cura Italia" aveva scelto, per il settore della giustizia penale, una disciplina mista. Ad una ben circoscritta applicazione del modello della partecipazione *on line*, faceva riscontro un ampio ricorso

⁸ Si veda il documento del Direttivo della Associazione tra gli studiosi del processo penale "G. D. Pisapia", del 13 aprile 2020 "Osservazioni sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell'emergenza COVID-19".

alle cautele della prevenzione ordinaria basata sulla messa in atto di dispositivi anticontagio rimessi alle scelte mirate e calibrate dei capi degli uffici giudiziari.

L'art. 83 commi 5, 6, 7 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 legittimava gli esponenti di vertice delle singole sedi ad adottare le misure organizzative per la trattazione degli affari giudiziari in regime di sicurezza igienico sanitaria. Inoltre, l'art. 83, comma 12 indicava la videoconferenza ovvero il collegamento a distanza, ove possibile, quale modalità per la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare. Si veniva così a delineare una sola e ben circoscritta forma di intervento processuale da lontano⁹.

In un secondo momento però, il Parlamento, nel convertire il medesimo decreto n. 18, ha optato in modo netto e deciso in favore del modello della partecipazione *on line* rendendola applicabile, fino al 30 giugno 2020, sia alle attività investigative, sia alla celebrazione delle udienze penali e allo svolgimento delle camere di consiglio (art. 83, commi 12 *bis*, *ter*, *quater* e *quinquies*). L'ambito operativo di questa disciplina, racchiusa nella legge di conversione n. 27 del 24 aprile 2020, è stato peraltro ampiamente ridotto il giorno stesso della sua entrata in vigore in forza delle nuove norme introdotte con il decreto legge n. 28 del 30 aprile 2020.

L'aspro dibattito suscitato dal modello del processo penale a distanza parrebbe, quindi, a un pur sommario esame dei dati normativi, evocare uno scenario definibile in chiave di «*molto rumore per nulla*». Infatti, in primo luogo, il congegno originariamente tratteggiato dal d.l. n. 18 del 2020 non prevedeva affatto la celebrazione per via digitale delle udienze penali, ma si limitava, più modestamente, a prevedere la partecipazione con questo mezzo delle sole persone *in vinculis* (art. 83, comma 12)¹⁰.

Nonostante l'estrema marginalità di questa fattispecie la prassi processuale la ha estesa anche ancorandosi a fonti normative di rango secondario (protocolli e linee guida dei capi degli uffici) sicché al momento della conversione in legge del decreto "Cura Italia", il processo a distanza si era già radicato nell'esperienza giudiziaria, quale modalità di celebrazione *ultra legem* dell'udienza di convalida e del giudizio direttissimo. La giustizia digitale dell'emergenza ¹¹ nata come veicolo di comunicazione di singoli

⁹ V. già l'art. 2 d.l. 8 marzo 2020, n. 11.

¹⁰ La medesima norma richiama i commi 3, 4 e 5 dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. in materia di c.d. partecipazione a distanza dell'imputato, con particolare riferimento alla previsione della effettiva, contestuale e reciproca visibilità di tutte le persone coinvolte nella videoconferenza (art. 146 *bis*, comma 3, disp.att.cpp) e alla garanzia della possibilità di comunicazioni riservate tra difensore e assistito (art.146 *bis*, comma 4, disp. att. c.p.p.).

Una analoga ipotesi di partecipazione unipersonale protetta è stata introdotta per fronteggiare l'attuale emergenza sanitaria in Germania. V. per l'impiego di uno schermo di vetro e di un impianto citofonico A. ELSEVEN, *Litigation in Germany during COVID-19*, 19 marzo 2020, in Schlun and Elseven, *se_legal.de*.

¹¹ La locuzione "giustizia telematica" meglio si adatta, invece, a designare gli ambiti applicativi delle nuove tecnologie relative agli adempimenti di cancelleria nonché alla auspicabile digitalizzazione del fascicolo. In questo ambito si collocano le previsioni del d.l. n. 28 del 30 aprile 2020, art. 3 comma 1, lett. f), con cui sono stati introdotti nell'art. 83 d.l. n. 18/2020 i nuovi commi 12-*quater*.1 e 12-*quater*.2 in tema di deposito in via telematica di atti previsti dall'art. 415 *bis* c.p.p. e di comunicazioni tra uffici di polizia giudiziaria e pubblico ministero. V. anche i commi 13, 14 e 15 del medesimo art. 83 d.l. "Cura Italia". Al riguardo v. M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto legge n. 28 del 2020 tra ennesima proroga*

imputati che parlano dai luoghi delle loro custodie in carcere, si è così trasformata in uno strumento capace di assicurare la partecipazione a distanza di tutti i protagonisti dell'udienza penale.

Si può ipotizzare che questa svolta sia figlia della volontà del Parlamento di legittimare l'esistente, così da salvare sul piano della legittimità, sia pure in via retroattiva, tutti i processi celebrati in videoconferenza sulla base di una norma che consentiva il collegamento del solo imputato detenuto.

L'espansione dell'ambito applicativo del collegamento a distanza¹² ha dato luogo a un ampio dibattito dai forti accenti critici, suscitando dubbi e perplessità nella cultura giuridica, che ha sottolineato i rischi della epifania di fenomeni di giustizia sommaria e di stravolgimento della fisionomia costituzionale del processo penale¹³.

L'eco della lunga scia di dissensi e obiezioni ha probabilmente provocato una correzione di rotta da parte del Consiglio dei Ministri. Con il decreto-legge n. 28 del 30 aprile 2020, nell'estendere fino al 31 luglio 2020 l'arco temporale di operatività del processo a distanza, si sono escluse dal collegamento *on line*, salvo che le parti vi acconsentano, le udienze di discussione finale, sia pubbliche sia in camera di consiglio, nonché le udienze in cui devono essere esaminati i testi, le parti, i consulenti tecnici o i periti. Questo decreto è intervenuto anche sul comma 12-*quiquies* dell'art. 83 ed ha escluso che le deliberazioni collegiali in camera di consiglio vengano svolte a distanza, nelle ipotesi in cui esse facciano seguito alle «udienze di discussione finale, pubbliche o in camera di consiglio» che abbiamo avuto luogo nel regime della presenza.

La disciplina del processo in videoconferenza, racchiusa nella legge n. 27 del 24 aprile 2020, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 29 aprile 2020, è stata quindi emendata il giorno stesso dell'entrata in vigore della legge di conversione.

Questo intreccio mostra bene l'affanno del Governo nel trovare una stabile fisionomia della giustizia digitale e spiega inoltre come mai, di fronte alle paurose oscillazioni dell'orientamento legislativo, la prassi sia riuscita a rendere effettivo il

delle intercettazioni, norme manifesto e terzo tempo parlamentare, in *Sistema penale*, 1° maggio 2020. V. anche E. IULIANO, *L'aberrante espansione delle videoconferenze: tra vecchie questioni e attuali problematiche*, in *Arch. pen.*, 21 aprile 2020.

¹² Il modello della giustizia digitale tratteggiato dal legislatore dell'emergenza si completa con i tasselli ulteriori corrispondenti, in primo luogo, alla previsione di indagini a distanza. Cfr. il comma 12-*quater* dell'art. 83 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in legge n. 27/2020. Il comma 12-*ter* dell'art. 83 prevede poi che nel giudizio di cassazione le udienze pubbliche e le udienze camerali partecipate si trasformino in udienze camerali non partecipate con contraddittorio cartolare, salvo che una delle parti private o il procuratore generale faccia richiesta di discussione orale. V. al riguardo la *Relazione del Massimario sul giudizio penale di cassazione alla luce del nuovo d.l. 28/2020 e della conversione del d.l. 18/2020* ("Cura Italia"), in *Sistema penale*, 11 maggio 2020.

¹³ V. per tutti il Documento del Direttivo dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale del 13 aprile 2020 "Osservazioni sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell'emergenza COVID-19". V. anche la "Delibera dello stato di agitazione contro lo scempio del processo da remoto" della Giunta Unione Camere Penali Italiane del 24 aprile 2020. Cfr. I. CONTI, *Il processo penale al tempo del COVID-19: le udienze a distanza*, in *Penale - Diritto e Procedura*, 18 marzo 2020. Mettono in luce le perplessità manifestate anche da settori della magistratura associata L. FIDELIO- A. NATALE, *Emergenza COVID-19 e giudizio penale di merito: un catalogo (incompleto) dei problemi*, in *Quest. giust.*, 16 aprile 2020.

modello del processo *on line* approfittando proprio della debolezza del legislatore. A pilotare il diritto vivente fuori dai binari legislativi sono state le Linee guida elaborate dei capi degli uffici giudiziari.

Così il decreto 23 marzo 2020 n. 44 del Presidente della Corte di cassazione ha previsto per lo svolgimento delle udienze penali non partecipate e *de plano* l'utilizzo degli strumenti di collegamento a distanza. E anche le Linee guida del Presidente della Corte d'appello di Milano, adottate con provvedimento n. 3416 del 10 aprile 2020, hanno stabilito, tra l'altro, che la celebrazione dei processi con persone sottoposte agli arresti domiciliari possa aver luogo mediante videoconferenza precisando che il Procuratore generale possa partecipare a distanza, così come il giudice, il cancelliere, gli avvocati e lo stesso detenuto¹⁴.

A ben vedere, le regole normative secondarie create dai capi degli uffici giudiziari hanno dilatato l'ambito operativo della giustizia digitale perché essa offre la maggiore tutela dal rischio del contagio¹⁵.

Esemplare al riguardo è la delibera del CSM che configura il lavoro a distanza quale modalità prioritaria di esercizio delle funzioni giudiziarie¹⁶. Allo stesso modo, il protocollo del Consiglio Nazionale Forense per le udienze penali, del 26 marzo 2020, prevede che «le udienze di convalida potranno essere svolte con un video collegamento che assicuri la presenza, anche da remoto, di PM, Giudice, Cancelliere, Avvocato e arrestato»¹⁷.

Le disposizioni organizzative dei capi degli uffici hanno dunque plasmato la prassi processuale dando vita a una forma di vero e proprio processo penale smaterializzato al di fuori di qualsiasi previsione legislativa, come del resto conferma, secondo quanto più sopra anticipato, l'intervento del legislatore, in sede di conversione del decreto "Cura Italia", che rivela un reale intento di ratifica dell'attività giudiziaria svolta dal 9 marzo 2020 *contra legem*.

Già il 15 marzo 2020 i media facevano la cronaca delle «prime direttissime 'telematiche' a Milano» con «tutte le parti, detenuti, legali, p.m. e giudici collegati in via

¹⁴ Le medesime Linee guida prevedono altresì lo svolgimento *on line* delle camere di consiglio. Vengono in rilievo anche le Linee guida del Presidente del tribunale di Milano del 10 aprile 2020 nelle quali si stabilisce quanto segue: «le udienze di convalida e di rito direttissimo sono svolte in conferenza telematica, secondo i Protocolli intercorsi il 9 e il 14 marzo». V. al riguardo il Protocollo per la celebrazione delle udienze penali con rito direttissimo in videoconferenza, Protocollo di intesa tra Tribunale ordinario di Milano, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Ordine degli Avvocati di Milano e Camera penale di Milano del 14 marzo 2020.

¹⁵ Così, le già citate Linee guida del Presidente del Tribunale di Milano tendono a trasformare da eventuale a obbligatorio l'impiego della videoconferenza per le udienze dibattimentali a trattazione necessaria.

¹⁶ Linee guida in ordine all'emergenza sanitaria Covid-19, del 26 marzo 2020.

¹⁷ V. anche il protocollo del Tribunale di Parma del 25 marzo 2020 avente ad oggetto l'espletamento con la modalità della videoconferenza delle udienze penali con rito direttissimo, delle convalide degli arresti e dei fermi, degli interrogatori di garanzia, nonché delle udienze relative a procedimenti a carico di persone detenute oppure sottoposte a misure cautelari nell'ambito dei quali sia stata espressamente formulata la richiesta di procedere. Il protocollo è richiamato, quanto alla casistica e alle modalità operative delle udienze a distanza, dalle recenti "Linee guida per l'attività del Tribunale di Parma nel periodo compreso tra il 12 maggio e il 30 giugno 2020", del 4 giugno 2020.

telematica da luoghi diversi»¹⁸. E l'informazione giudiziaria odierna continua a registrare una prassi in cui sveltano le "udienze *on line*", finalizzate a «super urgenti convalide degli arresti e a direttissime in videoconferenza». Si delinea così l'immagine di una vita giudiziaria effimera e a tempi fulminei in attesa del ritorno fisico dei magistrati nei loro uffici specie i pm che, su indicazione del loro vertice, tendono a rarefare le proprie presenze¹⁹.

Estendendo poi la visuale delle realtà giudiziarie all'intero territorio nazionale, se ne trae la conferma della vitalità e della forza espansiva del rito smaterializzato. Così, ad esempio, la cronaca giudiziaria di Pescara dà notizia del primo processo per direttissima in tribunale in tempi di emergenza sanitaria «processo tenuto a distanza e in videoconferenza per rispettare le norme di sicurezza». Viene sottolineato il carattere insolito della scena giudiziaria «con il giudice Marina Valente in collegamento dalla sua abitazione; il pm (il vice procuratore onorario, Danila Malandra) in procura; il cancelliere dalla sua postazione in tribunale; l'imputato in questura con due agenti a distanza di sicurezza; e l'avvocato, Zampacorta, costretto ad andare anche lui in questura (rimasto però a tre metri di distanza dal suo assistito) per il mancato funzionamento del collegamento dal suo studio»²⁰.

Benché anche i riflettori della cronaca giudiziaria contribuiscano a mostrare i numerosi strappi alla liturgia processuale conseguente all'uso della procedura "disintegrata" dalla lontananza tra i partecipanti, il *favor* per questo rito continua a mantenere le sue forze attrattive. Basti rilevare come nelle più recenti Linee guida dei capi degli uffici giudiziari, specie nelle zone del Paese più colpite dall'epidemia, permane la tendenza a considerare lo svolgimento delle udienze a distanza come il rito elettivo nella stagione dell'emergenza²¹.

5. Lo svilimento del contraddittorio nelle udienze in videoconferenza.

Non è solo la straordinaria fortuna conosciuta nella prassi dal maneggevole strumento del rito in videoconferenza a suscitare apprensione. La scarsa regolamentazione legislativa della giustizia digitale suscita perplessità anche sotto un altro aspetto: la disinvoltura con la quale il legislatore pretende che questa procedura configuri una alternativa equivalente rispetto al processo in presenza.

La scelta di privilegiare il nuovo paradigma della giustizia a distanza sembra rivelare anche una nostalgia inquisitoria per un rito che ripone fiducia nella solipsistica

¹⁸ *Coronavirus: a Milano le prime direttissime 'telematiche'*, in *La Provincia di Cremona*, 15 marzo 2020.

¹⁹ L. FERRARELLA, *Coronavirus Milano, udienze on line e intasamenti: un Tribunale a «singhiozzo»*, in *Corriere della Sera*, 6. maggio 2020, p. 6.

²⁰ V. M. CIRILLO, *Rapinatore processato a distanza: il giudice lo condanna da casa. Videoconferenza in questura per celebrare la direttissima al giovane arrestato lunedì*, in *Il Centro*, 1° aprile 2020.

²¹ Così le Linee guida per lo svolgimento dell'attività giudiziaria presso il Tribunale di Milano sino al 31 luglio 2020, del 7 maggio 2020, parlano espressamente, a p. 8 e a p. 9, di «modalità preferenziale» di trattazione del processo con riferimento al ricorso alla videoconferenza, ove consentito dal legislatore.

lettura delle carte e che degrada a inutili orpelli i canoni della oralità e del contraddittorio.

Dietro la fretta riformatrice, propiziata dalla emergenza, prevalgono però motivi diversi: una concezione della attività legislativa intesa come risposta immediata alle attese popolari di giustizia e di sicurezza a fronte delle quali non solo arretrano i principi della coerenza interna del sistema, ma anche quelli su cui si fonda la moderna epistemologia giudiziaria. Con il disintegrare l'unità della scena processuale il processo a distanza incide sui *minima moralia* del giudizio penale trasformando la contestualità dell'azione dei suoi attori in segmenti di un vissuto in tempi e luoghi diversi. Un teatro con più sipari e più palcoscenici.

L'indifferenza verso i contenuti e i valori sottesi al sistema processuale si manifesta anche nella smaterializzazione della camera di consiglio, che dissolve il valore quasi sacrale del ritiro in un luogo separato dalla vita comune nella quale possono agitarsi passioni e pregiudizi. Il ritirarsi per deliberare ha la «solennità di un congedo»: «nel fare il passo per varcare quella soglia il giudice è come se entrasse in un altro mondo»²².

Nelle udienze *on line* prefigurate dal legislatore dell'emergenza la tutela dei canoni costituzionali del giusto processo è affidata a una clausola tautologica, che ne impone, con una petizione di principio, lo svolgimento con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti²³.

Tra i limiti intrinseci dello strumento tecnologico assume un rilievo primario la riduzione del campo visivo, un inconveniente che vale di per sé a distorcere la percezione di quanto accade nella realtà. È un fenomeno analogo a quello riscontrabile quando la telecamera entra nell'aula di giustizia e chi la manovra sceglie una tecnica della ripresa che si concentra su volti e voci dei soggetti del processo, deformando il reale scenario processuale²⁴. Certo, nel caso di ripresa televisiva del dibattimento, la distorsione delle immagini dipende da scelte maliziose del regista. Nel caso dei processi in videoconferenza deriva invece dai limiti intrinseci dello strumento informatico e dalla sua totale inadeguatezza ad assicurare l'esatta percezione di ciò che accade intorno a chi parla, al punto che ne deriva una surreale atomizzazione di ciò che effettivamente accade.

A ben vedere nel dialogo tra assenti collegati in via digitale si afferma l'idea del contraddittorio, nel senso platonico di ombra sul fondo della caverna. E così si sacrifica

²² F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 232.

²³ La regolamentazione del collegamento è rimessa a un provvedimento del Direttore dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero di giustizia. Questo alto funzionario con provvedimento del 10 marzo 2020 ha previsto che le udienze penali si svolgano, ove possibile, utilizzando gli strumenti di videoconferenza già a disposizione degli uffici giudiziari e degli istituti penitenziari ai sensi dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p. In alternativa, possono essere utilizzate le piattaforme Skype for Business e Teams, della società Microsoft Corporation, laddove non sia necessario garantire la fonia riservata tra la persona detenuta, internata o in stato di custodia cautelare ed il suo difensore. È evidente che le comunicazioni riservate tra imputato e difensore debbano essere sempre garantite. Da qui la non utilizzabilità delle tecnologie che non le assicurano.

²⁴ E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi media fiction*, Milano, 2016, p. 161.

l'oralità di cui si è perso il senso chiovendiano di principio idoneo a coordinare tutti gli altri²⁵. Al tempo stesso si aprono crepe vistose in corrispondenza dei punti deboli che hanno contraddistinto il nostro sistema fin dalla prima applicazione del modello accusatorio. È già difficile esaminare e controesaminare un teste in presa diretta. Con il diaframma del collegamento telematico diventa una impresa disperata ed è evidentemente per questo che il decreto legge n. 28/2020 ha escluso l'esame dei testi dal collegamento a distanza.

È ben noto che la testimonianza acquista il suo pieno valore conoscitivo solo quando sono percepibili anche gli aspetti non verbali. E l'emergere della prova a tutto tondo non è solo funzionale alla valutazione del giudice, ma anche alla modulazione della forma e dei contenuti dell'esame e del controesame.

Un allargamento dell'area della ricerca oltre i confini nazionali fa emergere un altro aspetto problematico della giustizia digitale. Coerentemente con il forte accento posto dalla cultura statunitense sulla libertà di stampa, il dibattito in tema di *teleconference hearing* ha fatto registrare qualche preoccupazione per l'indebolimento del controllo democratico sulla amministrazione della giustizia. La diffusione del processo a distanza si accompagna infatti, inevitabilmente, a limitazioni dell'accesso dei media e del pubblico alle aule "virtuali". È stato peraltro osservato come le stesse tecnologie impiegate nelle udienze in digitale possano essere utilizzate al fine di assicurare la pubblicità mediata e immediata. A livello di corti distrettuali statunitensi, si va diffondendo la soluzione, peraltro non del tutto soddisfacente, di consentire l'accesso al pubblico nelle aule giudiziarie, dove si possono seguire su uno schermo le attività svolte in videoconferenza. Poiché questo rimedio evidentemente non esclude del tutto un certo rischio di contagio, appare più apprezzabile lo strumento adottato da alcune corti di appello federali che mettono a disposizione del pubblico i *files* audio delle discussioni orali svolte nell'udienza virtuale. In un altro caso, un giudice distrettuale ha consentito ai soli giornalisti di ascoltare le udienze tenute in teleconferenza²⁶.

6. Le cautele anticontagio: i dispositivi della prevenzione ordinaria; le udienze in *open air*; i pannelli trasparenti anticontatto.

Spingendo lo sguardo al di là delle udienze *on line*, si può attingere alla storia e alla comparazione per individuare la gamma dei dispositivi di protezione sperimentati nei processi per fronteggiare l'emergenza sanitaria. La ricerca di equilibrio tra gli interessi in conflitto ha spinto verso una pluralità di soluzioni, escogitate per ridurre il rischio di contagio senza rinunciare alla celebrazione dei processi in presenza.

²⁵ G. CHIOVENDA, *L'oralità e la prova*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, p. 220.

²⁶ Cfr. A.E. MARIMOW, *Federal courts shuttered by coronavirus can hold hearings by video and teleconference in criminal cases*, in *The Washington Post*, 31 marzo 2020.

Il modello più semplice è quello ampiamente praticato in diversi ordinamenti nell'attuale emergenza pandemica. Si ricorre all'uso sistematico o mirato di misure di protezione quali il distanziamento tra gli attori del processo e l'impiego di mascherine²⁷.

Questo regime cautelare, che si potrebbe definire di "prevenzione ordinaria", trova anche nel nostro ordinamento una precisa base normativa nell'art. 83 commi 5, 6, 7 decreto cosiddetto "Cura Italia". Come si è più volte ricordato, i capi degli uffici giudiziari sono legittimati ad adottare misure organizzative e di prevenzione. Così, ad esempio, le linee guida del Presidente della Corte d'appello di Milano, adottate con provvedimento n. 3416 del 10 aprile 2020, prevedono che «le udienze siano celebrate a porte chiuse ex art. 472 comma 3 del codice di procedura penale», distanziate nel tempo in modo da evitare assembramenti o contatti ravvicinati. Dell'orario di celebrazione del processo viene data comunicazione ai difensori ed alle altre parti con congruo anticipo. All'interno dell'aula tutti i presenti devono stare ad una distanza imposta dalla stessa Autorità. Spetta ai Presidenti dei collegi giudicanti vigilare affinché le camere di consiglio si svolgano in locali che assicurino un'adeguata distanza tra i giudici e una adeguata aereazione²⁸.

Rientra nel paradigma della proporzionalità la scelta di tempi più rapidi per la definizione dei procedimenti di maggiore importanza, come è avvenuto in Germania, a Bonn, per la c.d. vicenda Cum-Ex, una maxi-frode fiscale che ha occupato uno spazio di rilievo sulle pagine della cronaca giudiziaria tedesca. In questo processo sono state adottate misure di protezione, come le mascherine e il distanziamento²⁹.

Ovviamente l'esigenza di fronteggiare il rischio di contagio nelle udienze e nelle camere di consiglio assume una particolare intensità con riferimento ai collegi giudicanti più numerosi, composti in tutto o in parte da giudici laici. Nel Regno Unito, il Lord Chief Justice Burnett si è espresso auspicando misure drastiche quali la riduzione del numero dei giurati, già praticate durante la Seconda guerra mondiale³⁰.

La gamma delle cautele anticontagio si estende fino a ricomprendere strumenti più sofisticati di contenimento del rischio di infezione e tra questi quello dell'udienza all'aria aperta. È un modello dall'apparenza compatibile solo in un contesto rurale ma è vero invece che esso mantiene anche oggi una persistente vitalità.

Il processo penale sotto la bufera del contagio anziché rinchiudersi si può aprire verso gli spazi aperti che circondano la scena giudiziaria. Uno sguardo retrospettivo sui sistemi processuali di *common law* rivela come non sia affatto scontata la scelta di chiudere in gran fretta le aule di udienza paralizzando l'amministrazione della giustizia per proteggere la salute pubblica degli attori della scena giudiziaria. Nel Settecento in

²⁷ A. ELSEVEN, *Litigation in Germany during COVID-19*, 19 marzo 2020, in Schlun and Elseven, se_legal.de.

²⁸ Ancora più analitiche le misure organizzative adottate il 4 maggio 2020 dal Presidente della Corte d'appello di Bologna che impongono a tutti i partecipanti alle udienze l'impiego di protezioni delle vie respiratorie e, di regola, di guanti protettivi. Significativamente, le medesime Linee guida prevedono che nel periodo tra il 12 maggio e il 31 luglio siano trattati, in via indicativa, «i procedimenti già calendarizzati ...nei quali il numero delle parti non sia superiore a quattro unità».

²⁹ J. WOLFGANG – L. KAMPF – K. OTT – A. RAMELSBERGER – J. WILLMROTH – N. WISCHMEYER, *Im Namen des Virus*, in *Süddeutsche Zeitung*, 17 marzo 2020.

³⁰ C. COLEMAN, *Coronavirus: Jury trials face biggest chance since WW2*, in *BBC News*, 30 aprile 2020.

Inghilterra più di un processo penale è stato celebrato negli *open air buildings* che ospitavano le corti criminali londinesi per ragioni di igiene. È l'esempio di una giustizia che non si arrende al rischio di contagio e non rinuncia alla presenza dell'imputato in favore del quale il rito è allestito.

La finalità di garantire la pubblicità e il contraddittorio caratterizzava la peculiare architettura della settecentesca *Central Criminal Court*, conosciuta come *Old Bailey*, concepita e ricostruita nel 1673 come un anfiteatro *open air*, che letteralmente si apriva nel cuore di Londra. Questa scelta architettonica rispondeva allo scopo preciso di evitare che uno spazio chiuso favorisse la propagazione di malattie. Il rischio di contagio era indissolubilmente connesso alla presenza necessaria di imputati, di solito detenuti in prigioni sovraffollate, che spesso erano anche il focolaio di epidemie.

L'ingegnoso accorgimento non era purtroppo sufficiente a garantire la prevenzione del rischio di infezioni contagiose. Così, nel 1750, una epidemia di tifo nella prigione di Newgate, adiacente alla Corte, si era rapidamente diffusa e aveva causato la morte di due giudici, di alcuni appartenenti al personale amministrativo e di un'altra quarantina di persone, tra cui avvocati, studenti e curiosi³¹.

La realtà storica del processo di *common law* che non può rinunciare alla presenza fisica dell'imputato neppure in presenza di rischi di contagio rivive nelle pagine di Dickens che, nel "Racconto di due città" traccia l'affresco di una aula di udienza «tutta disseminata di erbe e spruzzata di aceto per precauzione contro l'aria e la febbre delle prigioni» luoghi nei quali «covavano orribili morbi che penetravano sin nella corte con i detenuti» (...) ³².

Il rimedio dell'*open air* non deve essere considerato una opzione singolare e velleitaria alla luce di una ulteriore testimonianza di due secoli successivi a quella inglese. Alcuni documenti fotografici provano che nella pandemia del 1918 denominata "spagnola" a San Francisco, in California, si tenessero udienze all'aria aperta³³.

L'ipotesi di giudizi a porte chiuse ma a finestre aperte, per quanto possa apparire bizzarra, non è invece priva di una sua oggettiva sperimentabilità anche oggi nel nostro Paese, tenuto conto della stagione primaverile ormai inoltrata e delle condizioni climatiche assai favorevoli specialmente nelle nostre regioni meridionali.

Sicuramente più densa di concrete prospettive è l'eventualità di approntare aule di udienza con postazioni protette mediante paratie anticontatto destinate al pubblico ministero, ai difensori e alle parti private. Ne offre un significativo esempio la foto relativa ad un recente processo penale celebrato a Coblenza, in Germania. Si vedono numerosi difensori appostati dietro pannelli di vetro o di plastica disseminati nell'area dell'aula. Non è del resto una novità assoluta per il nostro Paese. Si è appreso dalla stampa che una simile soluzione a Milano è già stata messa in cantiere, anche se

³¹ J. H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, 2003, p. 49.

³² C. DICKENS, *A tale of two cities* (1859), trad. it., *Racconto di due città*, Milano, 1987.

³³ S.M. LIVI, *Raccolta di idee sulle camere di consiglio a distanza: le opinioni di magistrati, avvocati ed accademici*, in *Archivio penale*, 28 aprile 2020.

mancherebbero al momento le necessarie risorse finanziarie per l'acquisto e l'installazione della attrezzatura³⁴.

L'uso di strutture trasparenti ma isolanti quale protezione individuale dei singoli attori del processo penale trova un significativo precedente nella tendenza a utilizzare cubi di vetro nelle udienze penali in luogo delle degradanti gabbie di ferro che costituiscono il trattamento usuale riservato all'imputato detenuto nella nostra prassi³⁵.

Come si vede, non sono poche le alternative alla videoconferenza per arginare la minaccia del *virus*. E tutte sono assai meno penalizzanti, sul piano della effettività del contraddittorio, rispetto all'ingannevole efficienza del rito in videoconferenza.

7. Le auspicabili linee operative del processo penale nella seconda fase dell'emergenza sanitaria (12 maggio-31 luglio 2020).

Si può tentare una sintesi delle riflessioni fin qui svolte per enunciare le proposte che appaiono più allineate ai principi da applicare al processo penale nella seconda fase dell'emergenza che si è ora aperta.

Venuta meno la obbligatorietà della sospensione generalizzata dei procedimenti penali, diventa doverosa una inversione di tendenza. Essendo stato finora ingiustificatamente sacrificato il principio di continuità della giurisdizione, il rinvio d'ufficio delle udienze previsto dall'art. 83 comma 7 lett. g deve costituire l'eccezione da praticare nei soli casi in cui l'effettiva celebrazione delle udienze assume un alto grado di pericolosità per il numero elevato dei potenziali partecipanti ovvero per la quantità delle prove orali da assumere nelle udienze.

La regola è oggi rappresentata dalla trattazione dei processi nel numero più elevato possibile, ovviamente con la rigorosa adozione di tutti i dispositivi anticontagio. Questo imperativo non comporta però che venga meno la funzione delle fattispecie dei procedimenti non rinviabili prevista dall'art. 83, comma 3 lett. b) del d.l. n. 18/2020 convertito nella legge n. 27 del 2020.

Nella normativa emergenziale vengono ora infatti a delinearsi due categorie di giustizia a operatività piena: quella derivante dalla opzione per la regola della continuità e quella già prevista fin dall'origine come eccezione alla sospensione generalizzata dei processi, una categoria imperniata su ragioni di urgenza o sullo *status* di detenzione dell'imputato.

Per quanto riguarda la seconda, vale la regola della tassatività che si traduce nell'obbligo di procedere sempre all'esercizio della giurisdizione in deroga al regime di sospensione. La prima categoria è invece collegata ad un potere discrezionale dei capi degli uffici che fino ad oggi sembra essere stato assai raramente in concreto esercitato nei pur numerosi e dettagliati protocolli finora elaborati per le diverse sedi. Questa materia deve al più presto essere affrontata con provvedimenti a norma dell'art. 83 c. 6

³⁴ L. FERRARELLA, *Udienze on line e intasamenti. Un Tribunale «a singhiozzo»*, in *Corriere della sera*, 6 maggio 2020, p. 6.

³⁵ E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi media fiction*, Milano, 2016, p. 111.

d.l. n. 18/2020 affinché venga portata a conoscenza di tutti coloro che operano come magistrati o avvocati in uno specifico ufficio giudiziario. Dovrà essere esplicitata la tipologia dei procedimenti la cui celebrazione va confermata eventualmente tenendo conto del numero degli imputati e del livello di complessità dell'istruzione dibattimentale e dando rilievo anche ai modi di contenimento del pericolo di contagio. A questi fini, i vertici giudiziari delle singole sedi dovranno selezionare le misure più appropriate alle caratteristiche delle aule sotto il profilo della capienza e della aereazione, come del resto è stato fatto fino ad ora.

In questo quadro, il rapporto in percentuale deve rispecchiare un equilibrio che dimostri come l'obbligo costituzionale di continuità sia rispettato in modo significativo con porzioni di effettivo lavoro giudiziario superiori o quanto meno pari alla quantità di affari penali assoggettati al regime della sospensione. Non si vede, ad esempio, come possa continuare la paralisi processuale di materie come quelle di competenza del tribunale monocratico e del giudice di pace che sono in prevalenza caratterizzate da minori indici di affollamento. Ed anche non poche udienze del giudizio di appello, nelle quali è di regola mancante la rinnovazione del dibattimento, possono prestarsi ad una prudente rivitalizzazione operata nella logica della ripartenza.

Al di là della quota di processi che saranno destinati a rimanere congelati dalla sospensione, con riferimento alle due classi che si potrebbero definire in termini di *continuità eventuale*, vale a dire ritagliata dai protocolli di competenza dei capi degli uffici, e di *continuità necessaria*, cioè stabilita dalla legge (art. 83 c. 3, lett. b, d.l. n. 18/2020), diventa indispensabile stabilire le forme del rito bilanciando tutela della salute ed effettività della giurisdizione.

Sul punto, è auspicabile che la magistratura si convinca che il rito a distanza in videoconferenza comporta i sacrifici più grandi sul piano dei valori costituzionali. E del resto, ormai amputata della discussione finale e della assunzione delle prove, la procedura *on line* riduce la sua operatività a vicende processuali di non grande spessore.

Come si è visto invece più sopra, le cautele ordinarie anticontagio compatibili con il giudizio in presenza e l'uso di paratie anticontatto in udienza aprono la strada ad un funzionamento della giustizia penale che tutela la salute dei partecipanti senza intaccare la fisionomia costituzionale del giudizio.

Resta infine da vagliare l'articolazione funzionale degli uffici del pubblico ministero. È difficile negare che, come si è rilevato più sopra, il ruolo dei magistrati dell'accusa sia rimasto immune da ogni intervento legislativo finalizzato a sospendere o anche solo a limitare la sua operatività. Certo, era doveroso disciplinare tutte le cautele necessarie a rendere le procure luoghi sottratti al pericolo del contagio, ma la chiusura degli uffici e l'esodo del personale amministrativo sono fenomeni difficili da giustificare. Ne è venuta fuori l'immagine di una discontinuità che appanna il prestigio di una funzione alla quale la stessa legislazione dell'emergenza aveva voluto riconoscere una indefettibile capacità operativa.