

## GESTIONE DELL'EMERGENZA COVID-19 E PROCESSO PENALE: UN PRODOTTO DISCUTIBILE DESTINATO A IMPORSI STABILMENTE?

di Luigi Gino Velani  
(*Avvocato del Foro di Lucca*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La decretazione d'urgenza volta a contrastare l'emergenza nel settore penale. - 3. Le disposizioni relative al "settore giustizia". - 3.1. Il rinvio delle udienze e la sospensione dei termini. - 3.2. Le eccezioni alla regola... - 3.3. ...e le altre eccezioni condizionate alla richiesta dell'interessato. - 3.4. I poteri assegnati ai capi degli uffici giudiziari. - 3.5. I riflessi della sospensione. - 3.6. Le ragioni di una scelta. - 3.7. La celebrazione delle udienze pubbliche e i collegamenti in videoconferenza o "da remoto". - 4. Le disposizioni introdotte nel corso dell'iter di approvazione della legge di conversione e le modifiche intervenute poco dopo. - 4.1. Le udienze "telematiche". - 4.2. Il legislatore privilegia la discussione "cartolare" nel giudizio di legittimità. - 4.3. Attività delle indagini preliminari e piattaforme di collegamento telematico. - 4.4. La delibazione della decisione in collegamento "da remoto". - 4.5. Le tutele processuali cedono il passo al processo "da remoto" ...ma subito recuperano qualche metro. - 5. Qualche proposta alternativa. - 6. Considerazioni conclusive.

1. L'emergenza sanitaria provocata dalla pandemia ha posto il legislatore di fronte alla necessità di adottare una serie di provvedimenti volti a contrastare e gestire le numerose problematiche causate, sul piano sanitario, sociale ed economico, dalla repentina diffusione del morbo tra la popolazione.

Tutti, volenti o nolenti, siamo chiamati a fare i conti con la malattia e con i suoi effetti, in particolare con l'enorme carico di dolore e di lutti che provoca. E per salvaguardare la salute pubblica e garantire la c.d. distanza sociale, il Governo ha fatto ricorso alla decretazione d'urgenza.

Con tali interventi la popolazione è stata "strappata" dalle abitudini giornaliere: fatto salvo il comparto dei servizi essenziali, tanto il settore pubblico, quanto quello privato, pullulano di divieti che inibiscono le numerose attività con le quali le persone sono solite attendere agli affetti ed agli impegni sociali e lavorativi.

Le implicazioni legate alla gestione dell'emergenza e quanto queste abbiano inciso sulla "vita di tutti i giorni", prima dell'infuriare del morbo scandita da ritmi

abitudinari, oggi modificati dalla tempesta scatenata dalla malattia (che mentre scriviamo sembra, finalmente, mostrare segni di flessione, tanto che si programmano tempi e modalità per un graduale rientro alla normalità) sono sotto gli occhi di tutti. E diverse tra le soluzioni adottate dal Governo per attuare il cd. *lockdown*, per quanto sicuramente intese a tutelare il bene della salute, hanno suscitato perplessità, perché incidenti in misura ingiustificata sui valori di libertà tutelati dalla Carta costituzionale.<sup>1</sup>

2. Nel “sistema giustizia” il legislatore inizialmente è intervenuto con il d.l. 8 marzo 2020 n. 11, che, facendo salve le disposizioni del precedente d.l. 2 marzo 2020 n. 9, adottato per la regolamentazione dell'attività degli uffici giudiziari compresi nella prima cd. zona rossa (coincidente con i circondari dei Tribunali di Rovigo e Lodi), prevedeva:

- dal 9 al 22 marzo 2020 il rinvio in tutti gli uffici giudiziari – salvo alcune eccezioni – delle udienze nei procedimenti civili, penali, tributari e militari;
- la sospensione dei termini processuali relativi ai suddetti procedimenti;
- l'adozione di misure organizzative da parte dei capi degli uffici giudiziari per limitare gli accessi agli uffici stessi nel periodo dal 23 marzo al 31 maggio 2020;
- la limitazione dei colloqui in carcere fino al 22 marzo 2020 e della concessione dei permessi premio e della semilibertà fino al 31 maggio 2020.

Tale provvedimento sarebbe stato “doppiato” dal d.l. 17 marzo 2020 n. 18, pubblicato in G.U. il 17 marzo 2020 - entrato in vigore il medesimo giorno della sua pubblicazione – dove, oltre a prevedersi l'abrogazione delle correlative regole contenute nel d.l. 11/2020,<sup>2</sup> ne sono riprodotti i contenuti con alcune modifiche ed integrazioni, così da disciplinare anche il periodo coperto dall'intervento legislativo precedente.

Il d.d.l. di conversione in legge del d.l. 18/2020, dopo essere stato approvato dal Senato con voto di fiducia, è stato oggetto di un aspro dibattito alla Camera, dove sono state proposte, senza successo, modifiche ad alcuni contenuti, ritenuti capaci di

---

(\*) Le disposizioni citate senza ulteriori riferimenti si riferiscono all'art. 83 d.l. 18/2020 convertito con modificazioni il 24 aprile 2020.

<sup>1</sup> V., al riguardo, le considerazioni svolte da M.G. Civinini, G. Scarselli, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *QuestG* 14 aprile 2020.

<sup>2</sup> Il d.d.l. di conversione del d.l. 18/2020, inizialmente aveva previsto l'abrogazione dei d.l. 11/2020, 9/2020 e 14/2020. In sede di conversione definitiva tale destino è stato riservato solo a questi ultimi. Modifica opportuna, poiché, diversamente, l'abrogazione avrebbe determinato ricadute di natura intertemporale.

determinare pesanti ricadute sui diritti processuali delle parti private. Così, all'esito di un travagliato *iter* parlamentare, il decreto è stato approvato dalla Camera nel testo originario e convertito con legge 24 aprile 2020 n. 27, grazie, ancora una volta, all'apposizione della fiducia da parte del Governo.

Senonché, è accaduto un "colpo di scena": nel momento in cui l'aula di Montecitorio ha convertito il d.l. 18/2020, è stato adottato un ordine del giorno con cui il Governo si è impegnato a escludere le udienze penali di discussione e istruttorie dall'utilizzo delle modalità "da remoto". Un simile ripensamento è stato favorito tanto dai contenuti della furiosa polemica intervenuta tra la maggioranza e l'opposizione nel corso dei lavori di conversione, quanto dall'opera di costante sollecitazione e interlocuzione effettuata dall'avvocatura, decisa a contrastare l'utilizzo delle modalità tecnologiche per la celebrazione delle attività processuali, modalità ritenute foriere di ricadute negative sui diritti partecipativi delle parti private e sul diritto al contraddittorio,

L'accordo è sfociato nei contenuti del d.l. 30 aprile 2020 n. 28, pubblicato in G.U. 30 aprile 2020 n. 111, entrato in vigore il 1° maggio 2020, che con l'art. 3 introduce alcune modifiche alla normativa oggetto della legge di conversione, nel segno di un parziale abbandono dell'esclusivo ricorso alle modalità "da remoto" nella fase del dibattito, come vedremo meglio nel prosieguo.

All'esito del percorso appena rammentato, le disposizioni contenenti le regole volte al contrasto dell'emergenza Covid-19 nel settore penale (ma anche nei settori della giustizia civile, militare e tributaria) si rinvengono tutte all'interno dell'art. 83.

L'intervento prevede regole diversificate rispetto a due fasce temporali.

Un primo arco temporale, dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 (termine prorogato al giorno 11 maggio 2020 dall'art. 36 d.l. 8 aprile 2020 n. 23<sup>3</sup>), è caratterizzato da una fase di sospensione delle attività giudiziarie con rinvio d'ufficio delle udienze già fissate presso tutti gli uffici giudiziari a data successiva (prima al 15 aprile 2020, ma oggi) all'11 maggio 2020, con contestuale sospensione, *ex lege*, dei termini di prescrizione e di tutti i termini previsti dalle disposizioni processuali per tutti i procedimenti penali pendenti in qualunque fase o grado, *ex art. 83 co. 1 e 2 d.l. cit.*, salvo le eccezioni disciplinate dal co. 3, tra le quali la celebrazione delle udienze

---

<sup>3</sup> Pubblicato nella GU 8 aprile 2020 n. 94, in vigore dal 9 aprile 2020 e intitolato «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali» all'art. 36 stabilisce, per quanto qui interessa, che «1. Il termine del 15 aprile previsto dall'art. 83, commi 1 e 2, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 è prorogato all'11 maggio 2020. Conseguentemente, il termine iniziale del periodo previsto dal comma 6 del predetto articolo è fissato al 12 maggio 2020. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai procedimenti di cui ai commi 20 e 21 del decreto-legge n. 18 del 2020. 2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica ai procedimenti penali in cui i termini di cui all'art. 304 c.p.p. scadono nei sei mesi successivi all'11 maggio 2020.»

che coinvolgono i soggetti *in vinculis* con collegamento in video conferenza o da remoto.

Rispetto a tale periodo, inoltre, il co. 5 attribuisce ai capi degli uffici giudiziari poteri di regolamentazione delle attività giudiziarie non sospese con facoltà, a tale fine, di adottare alcune delle misure di cui al successivo co. 7.

La seconda fascia, invece, è quella relativa al periodo ricompreso tra il (originariamente, 16 aprile 2020 ed ora) 12 maggio 2020 e, prima, il 30 giugno 2020, termine prorogato dall'art. 3 co. 1 lett. i d.l. 28/2020 al 31 Luglio 2020: arco temporale in cui, in attesa del rientro alla normalità, vengono meno le disposizioni relative al rinvio ed alla sospensione delle udienze previste dai co. 1 e 2, i capi degli uffici giudiziari esercitano i poteri di cui ai co. 6 e 7 e si prosegue la celebrazione delle udienze che interessano i detenuti con le modalità descritte sopra.

Nel medesimo periodo, inoltre, sulla base delle disposizioni introdotte grazie agli emendamenti presentati dal Governo in sede di conversione in legge, alcune attività di competenza del p.m. e del giudice in sede d'indagini preliminari, le camere di consiglio degli organi collegiali e le udienze dibattimentali, salvo, grazie ai contenuti del successivo intervento operato con il d.l. 28/2020, quelle in cui è prevista la discussione finale o istruttoria e salvo diverso accordo tra le parti, possono essere celebrate "da remoto".

Nelle intenzioni del legislatore tali accorgimenti intendono bilanciare le esigenze dell'emergenza con la necessità di non interrompere l'attività giurisdizionale, garantendo il rispetto dei diritti di libertà.

Tuttavia, nonostante abbia "corretto il tiro" con il d.l. 28/2020, i contenuti delle disposizioni in esame mostrano come il legislatore abbia assolto parzialmente il suo intento. Non a caso, le soluzioni appena riassunte hanno suscitato da subito la reazione critica dell'accademia e dell'avvocatura, voci alle quali si è unita anche parte della magistratura.<sup>4</sup>

A scatenare la *bagarre* hanno contribuito tanto l'eccessiva compressione dei diritti processuali dell'accusato provocati dal sistema congegnato dal Governo, quanto il difetto di una regolamentazione di dettaglio per la celebrazione delle udienze "da remoto" (strumento foriero, tra l'altro, di suscitare fondati dubbi di conformità alla normativa in tema di *privacy*<sup>5</sup>), invece delegata al Direttore generale

---

<sup>4</sup> In ogni modo, segnali di parziale soddisfazione rispetto all'opera del Governo e delle forze parlamentari sono giunti dall'avvocatura penale all'indomani dell'emanazione del d.l. 28/2020.

<sup>5</sup> Tanto è vero che il Presidente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali, sollecitato dai quesiti inviati dall'U.C.P.I., ha interloquuto con il Ministro della Giustizia, evidenziandogli alcuni profili critici suscitati da tale strumento rispetto alla normativa in tema di *privacy*, nel contempo lamentando che l'organo da lui presieduto non è stato consultato sulle scelte della piattaforma e dell'applicativo da utilizzare ai fini di tale collegamento, v. *Lettera Garante per la protezione dei dati personali*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com) 17 aprile 2020.

dei sistemi informatici e automatizzati del Ministero della Giustizia<sup>6</sup>, cioè ad un dirigente amministrativo.<sup>7</sup> E non poche perplessità sono state provocate dall'attribuzione ai capi degli uffici giudiziari di poteri particolarmente rilevanti e fortemente caratterizzati dalla discrezionalità.

Nei successivi paragrafi analizzeremo le disposizioni originarie dell'art. 83 d.l. 18/2020 che interessano la materia processuale penale, per poi concentrare l'attenzione sulle ulteriori introdotte a seguito della conversione in legge, come modificate, da ultimo, dal d.l. 28/2020.

3. Come anticipato, l'art. 83 ha diversificato gli interventi volti a contrastare l'emergenza sanitaria all'interno dei due periodi sopra ricordati.

3.1. Il co. 1 non pone particolari problemi interpretativi, perché dispone il rinvio *ex lege* di tutte le udienze, senza operare distinzioni di sorta tanto rispetto al grado in cui pende il processo, quanto riguardo alle forme (udienza pubblica o camera di consiglio, partecipata o meno), e ciò per tutti i procedimenti da svolgere nel periodo relativo alla prima fascia temporale.

Il silenzio della disposizione rispetto alle modalità di tali rinvii e la possibilità di effettuare comunicazioni a mezzo PEC ai difensori di fiducia, valide anche quale notifica alle parti assistite, *ex art. 83 co. 13 e 14*, ha determinato la "prassi" per cui i capi degli uffici giudiziari hanno disposto con provvedimento generale il rinvio delle udienze, dopodiché ogni giudice - fuori udienza o nel corso di udienza celebrata in assenza delle parti - ha rinviato ogni singolo procedimento con proprio provvedimento.

Il co. 2 dell'art. 83 d.l. cit. invece, si preoccupa di disporre la sospensione dei termini «per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti» penali, precisando che la sospensione riguarda «in genere, tutti i termini procedurali», nel periodo dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020, oggi prorogato al 11 maggio 2020 dal d.l. 23/2020.

---

<sup>6</sup> La Direzione, costituita nell'ambito di uno dei quattro Dipartimenti in cui è articolato il Ministero della Giustizia, e precisamente nel Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi (DOG), secondo quanto disposto dal D.P.C.M. n. 84 del 2015 e relativo Decreto attuativo 19 gennaio 2016, ha competenza per i processi connessi alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella Giustizia e persegue l'obiettivo principale di mantenere elevato il livello di qualità dei servizi offerti assicurandone affidabilità, efficienza e sicurezza.

<sup>7</sup> Il quale, peraltro, con provvedimento del 20 marzo 2020 ha adempiuto l'onere delegatogli, individuando, oltre ai sistemi di videoconferenza già a disposizione degli uffici giudiziari e degli istituti penitenziari ai sensi dell'art. 146 *bis* NAtt.Cpp, alcune piattaforme private già a disposizione dell'Amministrazione (prot. DGSIA nn. 7359.U del 27 febbraio 2020 e 8661.U del 9 marzo 2020), vale a dire *Skype for Business* e *Teams*, utilizzabili sempreché non sia necessario garantire la fonia riservata tra la persona detenuta, internata o in stato di custodia cautelare ed il suo difensore e qualora il numero degli imputati, che si trovano, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in luoghi diversi, consenta la reciproca visibilità.

La disposizione è particolarmente ridondante, perché richiama più volte, adoperando terminologie diverse, fasi del procedimento, o atti o attività, che contemplano termini dei quali impone la sospensione.<sup>8</sup>

Tale carattere dipende, probabilmente, dalla necessità di fugare ogni dubbio interpretativo al quale aveva dato adito la formulazione del d.l. 9/2020, che si riferiva esclusivamente ai procedimenti “pendenti”.

La sospensione determina un arco temporale che si aggiunge al periodo previsto originariamente per compiere l'atto o l'attività. Comunque, la disposizione precisa che se l'inizio del decorso del termine è interno al periodo di sospensione, si avrà il differimento di tale momento alla fine del periodo già indicato.

È disciplinata anche l'ipotesi in cui nel corso del periodo oggetto di sospensione scadono termini da computare a ritroso. L'opzione prescelta dal legislatore prevede il differimento dell'udienza o dell'attività, in modo tale da assegnare un lasso di tempo idoneo al rispetto del vincolo temporale per effettuare l'adempimento previsto a pena di decadenza (ad esempio, il deposito della lista ex art. 468 Cpp da effettuare almeno sette giorni prima della data fissata per il dibattimento). In poche parole, il termine, da computare rispetto al giorno al quale è stato rinviato l'adempimento, decorre nuovamente e per intero.<sup>9</sup>

Il regime sospensivo disegnato dal decreto “Cura Italia” sembra apparentemente semplice, ma, in realtà, pone intricate questioni esegetiche che affronteremo subito dopo avere analizzato le eccezioni al regime ordinario previste dal co. 3 dell'articolo in commento.

3.2. Il legislatore si è preoccupato di disciplinare un nutrito gruppo di eccezioni alla disciplina che impone il differimento delle attività giurisdizionali e la conseguente sospensione dei termini; regole operative nel corso di entrambe le fasce temporali determinate ai fini già precisati.

L'elenco originario, poi integrato da successivi interventi fino a raggiungere l'attuale fisionomia, ricalcava i contenuti dell'art. 2 co. 2 lett. g d.l. 11/2020.

---

<sup>8</sup> Il Dossier esplicativo del d.l. 18/2020-A.S. 1766 redatto dal Servizio Studi della Camera e del Senato, afferma che l'elencazione dei termini sospesi ai sensi del co. 2 dell'art. 83 cit. è esemplificativa e «non esaustiva», cfr. Dossier Senato d.l. 18/2020-A.S. 1766, II, 129, in [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>9</sup> In sostanza, la disposizione determina una sorta di remissione in termini generalizzata. Ogni diversa soluzione interpretativa è, infatti, destinata a naufragare. Mentre, per i termini computati “in avanti” la sospensione dovuta all'emergenza rappresenta una “pausa” che determina l'allocatione del limite in epoca successiva all'originaria, nell'ipotesi dei termini a ritroso il meccanismo si “inceppa” a causa del Covid-19: all'effetto sospensivo consegue l'anticipazione della scadenza, impossibile, però, da rispettare nella situazione attuale in cui la sospensione è caduta sul sistema giustizia come un – necessario – fulmine a ciel sereno che ha comportato l'immediata operatività della disciplina.

Conviene procedere schematicamente.

Ai sensi dell'art. 83 co. 3 lett. *b*, non sono rinviate le udienze penali e neppure sospesi i termini in relazione ai seguenti procedimenti:

- di convalida dell'arresto e del fermo (cd. misure pre-cautelari);
- in cui il termine di durata massima della custodia cautelare, ex art. 304 Cpp, scada nel periodo che va dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020, oggi, a seguito del d.l. 23/2020, all' 11 maggio 2020;
- nei quali è stata richiesta o già applicata una misura di sicurezza detentiva.

Con l'entrata in vigore del d.l. 23/2020, il legislatore ha integrato una prima volta tale assetto, inserendo l'ipotesi dei procedimenti in cui:

- i termini di cui all'art. 304 co. 6 Cpp<sup>10</sup> scadono nei sei mesi successivi all'11 maggio 2020.

Poi, in sede di conversione in legge l'elenco è stato ulteriormente integrato con i casi:

- della convalida dell'ordine di allontanamento immediato dalla casa familiare;
- dei procedimenti per la consegna di un imputato o di un condannato all'estero ai sensi della l. 22 aprile 2005 n. 69;
- dei procedimenti di estradizione per l'estero di cui al capo I del titolo II del libro XI del codice di procedura penale.

Perciò, rispetto a tali "materie" l'udienza già fissata deve essere svolta, oppure fissata e svolta nel rispetto dei termini previsti dalla legge.

Evidenti le ragioni della selezione per i casi in cui è in discussione una misura di sicurezza detentiva e per le procedure di convalida del fermo e dell'arresto e dell'ordine di allontanamento dalla casa familiare, queste ultime, peraltro, sottoposte a stringenti limiti temporali dovuti alla necessità di procedere celermente alla verifica della legittimità della privazione della libertà dell'individuo da parte della forza pubblica.

Invece, l'inclusione dell'ipotesi ex art. 304 co. 6 Cpp si spiega nella logica dell'impossibilità di protrarre ulteriormente la restrizione, giunta al suo epilogo finale, invalicabile come declinato dal co. 5 dell'art. 13 Cost.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> La precisazione riferita al comma 6 della disposizione processuale è dovuta all'art. 3 co. 1 lett. *a* n. 2 d.l. 28/2020, che ha accolto l'interpretazione maturata su tale aspetto fin dai primi momenti di applicazione del decreto "Cura Italia". Ciò è tanto vero che alla Camera nel corso dell'esame del d.d.l. di conversione C. 2463 era stato proposto un emendamento volto a modificare la disposizione richiamando, appunto, il co. 6 dell'art. 304 Cpp.

<sup>11</sup> V. C. cost., 4.7.2018 n. 180, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

L'art. 304 co. 6 Cpp disciplina, infatti, il limite della durata massima della custodia cautelare, mentre gli altri commi individuano gli eventi che determinano la sospensione della misura, con esclusivo riferimento alle fasi successive all'esercizio dell'azione penale.

Profili, dunque, che sembrano sancire la preminenza delle necessità di tutela della libertà personale sulle ragioni dell'emergenza, ritenute recessive rispetto alle prime.

La procedura di convalida dell'ordine di allontanamento immediato dalla casa familiare *ex art. 384 bis Cpp*, condivide con l'arresto il presupposto dello stato di flagranza in cui è colto l'accusato e si muove secondo le medesime scadenze previste per la convalida della misura pre-cautelare, *ex art. 390 Cpp*. L'interpolazione, allora, appare superflua, perché l'identità di disciplina legittimava l'interprete a superare l'apparente omissione.

Le ulteriori ipotesi del catalogo normativo introdotte in sede di conversione non sembrano presentare profili d'urgenza analoghi alle altre elencate, salvo i casi in cui l'interessato abbia subito l'arresto *ex art. 11 l. 22.4.2005 n. 69* oppure sia sottoposto a misura cautelare personale, eventualmente applicabile tanto nelle ipotesi di estradizione quanto di emissione di un M.A.E.

Il primo caso, però, rientra nella previsione già vista sopra, mentre il secondo, come vedremo meglio dopo, è stato governato dal legislatore attraverso l'ulteriore clausola che determina l'eccezione al regime ordinario contenuto nel co. 3 lett. *b*, n. 2. Perciò, pare che entrambi potessero essere gestiti attraverso i meccanismi indicati.

In ogni modo, l'elenco delle ipotesi eccezionali operative *ex lege* sembrerebbe terminare qui.

In realtà, è necessario procedere ad una breve ricognizione delle disposizioni previste dal codice di rito penale e verificare se ne esistano di ulteriori meritevoli di attivare le regole appena esaminate.

L'operazione è legittima e non comporta, perlomeno ad avviso di chi scrive, alcun contrasto con il requisito di tassatività al quale pare improntato il catalogo ricordato sopra. Occorre, infatti, esaminare il contesto finalistico al quale si ispira la disciplina d'eccezione e collocare nel medesimo ambito le disposizioni che presentano tratti omogenei ai contenuti delle ipotesi già comprese nell'elenco, selezionate dal legislatore proprio sulla base di tali, comuni, tratti peculiari.

Allo scopo che ci siamo appena proposti, allora, prendiamo le mosse dall'ipotesi in cui il giudice è chiamato a convalidare il sequestro preventivo disposto dalla polizia giudiziaria (cd. fermo reale<sup>12</sup>) o con decreto del pubblico ministero, nei

---

<sup>12</sup> V. E. Zappalà, *Le misure cautelari reali*, in *Diritto processuale penale* a cura di D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina, E. Zappalà, Milano 2011, 496.

casi di urgenza ai sensi del co. 3 *bis* dell'art. 321 Cpp. La procedura impone ai soggetti appena citati il rispetto di stringenti termini di esecuzione dei rispettivi adempimenti, a pena d'inefficacia della misura *ex art.* 321 co. 3 *ter* Cpp.

La ragione di urgenza che legittima l'iniziativa dell'inquirente costituisce un elemento che si aggiunge ai presupposti, *fumus* e *periculum in mora*, che giustificano l'adozione del sequestro.

Tuttavia, il giudice può non convalidare l'atto per difetto dell'urgenza, seppure, allo stesso tempo, conservi il potere di adottare il provvedimento se riconosce nel caso concreto i connotati fondanti la misura cautelare reale.

Non c'è dubbio che la procedura di convalida esprima la garanzia della giurisdizione, volta alla protezione e verifica del rispetto dei diritti dell'interessato che possono risultare lesi dalla violazione del criterio attributivo di competenza interinale all'inquirente<sup>13</sup>.

La sequenza *ex art.* 321 co. 3 *bis* Cpp presenta tratti comuni rispetto al procedimento di convalida delle misure pre-cautelari dell'arresto e del fermo. In effetti, riscontrato il difetto dello stato di flagranza, vale a dire del presupposto "d'urgenza" che autorizza l'intervento dell'autorità di polizia e che attiva la copertura *ex art.* 13, co. 3 Cost. all'atto coercitivo, il giudice non procede a convalidare l'arresto, ma resta legittimato ad emettere una misura cautelare personale, qualora ne ricorrano i presupposti.

Dunque, seppure i valori coinvolti siano diversi, entrambe le procedure sono dirette a temperare le esigenze di urgenza e le necessità di tutela dei diritti dell'individuo, attraverso l'intervento repentino dell'autorità giudiziaria.

I procedimenti di convalida delle misure pre-cautelari, come abbiamo notato, sono inclusi nel regime *ex art.* 83 co. 3 proprio in virtù di tali peculiarità, tratti condivisi con la procedura *ex art.* 321 co. 3 *bis* Cpp, alla quale, allora, in via interpretativa sembra necessario estendere il regime di esclusione dalla sospensione dei termini.

L'analisi, però, non è terminata, perché nella trama del procedimento penale emergono altre situazioni che sembrano rientrare nel campo d'applicazione della disciplina *ex art.* 83 co. 3 d.l. cit.

Parliamo del procedimento di convalida del sequestro probatorio eseguito d'iniziativa della polizia giudiziaria *ex art.* 353 Cpp, della sequenza volta a ratificare il decreto che dispone l'intercettazione di comunicazioni emesso *ex abrupto* dal p.m., nonché dell'attività di proroga delle operazioni d'intercettazione già disposte, la prima di competenza del pubblico ministero, le ultime due del giudice.

<sup>13</sup> Cfr. Cass. S.U., 31.5.2005 n. 21334, in *D&G* 8 giugno 2005.

Si tratta di situazioni che condividono tratti omogenei per struttura e direzione finalistica; connotati determinati dal compito assunto da tali ambiti procedurali, votati a temperare le esigenze legate all'urgenza di imporre la limitazione – palese o occulta – al diritto di libertà, con la necessità di assicurare, entro termini perentori, la verifica ad opera dell'autorità giudiziaria all'imposizione del vincolo che incide sui valori oggetto delle specifiche situazioni prese in considerazione.

Ancora una volta, la natura tassativa dell'elenco contenuto nell'enunciato normativo non sembra un ostacolo a tale operazione.

L'obiezione, infatti, può essere superata sul presupposto dell'ambito teleologico in cui si muovono le attività che abbiamo coinvolto nell'analisi, che, oltre ad imporre l'intervento dell'autorità giudiziaria, condividono con i casi d'eccezione di cui al co. 3 lett. *b* dell'art. 83 d.l. 18/2020 la natura perentoria dei termini previsti per svolgere gli adempimenti dei soggetti pubblici coinvolti e la particolare incidenza che la violazione del dato temporale è in grado d'imprimere agli atti compiuti in spregio a tali limiti.

Sanzioni tra le più severe previste dal regime dei vizi processuali, quali l'inefficacia del vincolo imposto e l'inutilizzabilità dei risultati degli accertamenti, presidiano l'evolversi del flusso della procedura. Ricadute dovute al rilievo assunto dai valori che tali disposizioni mirano a tutelare e che accettano limitazioni solo a patto che, dopo l'intervento d'urgenza ad opera dell'inquirente o al fine di proseguire attività già disposte, l'autorità giudiziaria conduca l'autonoma verifica sull'esistenza dei presupposti di legge per l'adozione dei vincoli, controllo da assicurare nel rispetto di termini perentori.

In poche parole, la chiave di lettura delle situazioni sopra considerate fa leva sul medesimo fenomeno complessivo, assunto dalla legge quale connotato peculiare per determinare la regolamentazione delle specifiche sequenze.

Il tratto comune evidenziato, allora, determina l'assegnazione delle procedure evidenziate sopra al medesimo insieme. E da qui, la necessità di includerle nel regime *ex art. 83 co. 3 d.l.* in commento.

Una diversa soluzione sembra porre l'opera di selezione del legislatore in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'irragionevole trattamento diversificato riservato a situazioni, che, rispetto al regime di eccezione delineato dal decreto "Cura Italia", richiedono, invece, la medesima classe di regole, in virtù dei tratti peculiari che le accomunano.

Rimane un'ultima considerazione.

Come vedremo meglio dopo, il legislatore ha inserito i procedimenti in cui sono applicate le misure cautelari reali tra le cause eccezionali di cui al co. 3 lett. *b n.*

2 dell'art. 83, che, a differenza dei casi di cui al primo periodo del medesimo co. 3 lett. *b* dell'art. 83, si avverano previo deposito di un'istanza con la quale l'accusato chiede di procedere.

Perciò, al limite la procedura ex art. 321 co. 3 *bis* Cpp potrebbe ricadere in tale ambito.

Effettivamente, il termine "applicate" utilizzato dal legislatore si presta ad includere anche le misure disposte in via provvisoria.

In tal caso, tuttavia, non sembra agevole assolvere l'onere. L'interessato, infatti, è costretto a muoversi alla ricerca del soggetto al quale sollecitare l'adempimento, all'interno di una procedura che, dal momento in cui è imposta l'ablazione d'urgenza e fino al provvedimento giurisdizionale, prevede un *iter* interno agli uffici giudiziari competenti, al quale l'accusato è del tutto estraneo e ne ignora gli sviluppi.

3.3. Proseguendo nell'analisi, affrontiamo ora le ipotesi contenute sempre nella lett. *b* del co. 3 dell'art. 83 d.l. 18/2020 per cui, a differenza delle altre indicate in precedenza, l'operatività dell'eccezione è subordinata all'avverarsi di una specifica clausola.

Si procede, infatti, all'attività esclusivamente nel caso in cui lo richieda espressamente, vale a dire con apposita istanza da comunicare all'autorità giudiziaria di fronte alla quale pende il procedimento, il detenuto, l'imputato, i proposti o i loro difensori, nell'ipotesi di:

- procedimenti a carico di detenuti, salvo i casi di sospensione cautelativa delle misure alternative ex art. 51 *ter* Op;
- procedimenti in cui sono state applicate misure cautelari;
- procedimenti in cui sono state applicate misure di sicurezza non detentive o patrimoniali (la disposizione, per la verità, non specifica tali caratteri, che si ricavano in via deduttiva, in quanto il primo periodo della lett. *b* menziona esclusivamente le misure di sicurezza detentive);
- procedimenti relativi a misure di prevenzione.

La facoltà di presentare l'istanza è estesa all'indagato in virtù del precetto ex art. 61 Cpp.

Il riferimento ai «detenuti» contenuto nella lett. *a* riguarda i soggetti ristretti in base ad un titolo relativo al procedimento in cui è previsto l'incombente da eseguire e non, invece, ai cd. "detenuti per altra causa", vale a dire coloro che rispetto al procedimento per cui è fissata udienza risultano formalmente "liberi".

I soggetti *in vinculis*, ai fini della comunicazione dell'istanza, possono avvalersi delle facoltà ex art. 123 Cpp, mentre agli altri legittimati, difensori compresi

non resterà che depositare la richiesta in cancelleria, con le formalità e nei modi e termini<sup>14</sup> disciplinati in virtù dell'emergenza dai capi degli uffici giudiziari o dai singoli organi giudicanti, *ex art. 83 co. 7 lett. d d.l. in esame*, cioè adottando sistemi diversificati, dal deposito eseguito personalmente in cancelleria all'utilizzo della PEC o del fax, osservando i termini rimessi all'autonoma determinazione dell'autorità giudiziaria, in ogni circondario o distretto.

Il co. 3 autorizza anche il difensore a presentare la richiesta senza alcuna necessità di munirsi di procura speciale, mentre in virtù del successivo co. 3 *bis*, inserito in sede di conversione in legge, i difensori sono gli unici autorizzati a presentare alla Corte di legittimità la richiesta per gli assistiti.

L'ampia dizione «misure cautelari» ricomprende le misure cautelari personali coercitive, quelle interdittive, nonché le cautele reali.

La “casistica” coperta dalla norma in esame contempla, a parere di chi scrive, le udienze già fissate ma anche le ipotesi in cui deve essere fissata udienza, quando, ad esempio, l'interessato proponga istanza di riesame *ex art. 309 Cpp*, alla quale, però, deve accompagnarsi la specifica richiesta *ex art. 83 co. 3 lett. b d.l. 18/2020*.

Conclusioni analoghe valgono per le istanze *ex art. 299 Cpp*, qualora il soggetto chieda di procedere con la decisione. Infatti, il regime sospensivo, ai sensi del co. 2 dell'articolo in esame, coinvolge i provvedimenti che il giudice deve adottare in ottemperanza a una previsione di legge o perché sollecitato dalla parte; perciò la clausola d'eccezione di cui al n. 2 lett. *b co. 3* dell'articolo in esame si avvera anche rispetto alle richieste di revoca o affievolimento della misura cautelare personale, in virtù della formula legislativa, che consente di ricomprendere al suo interno ogni attività legata alla disciplina delle misure cautelari (personali e reali).

Meritano, ora, un cenno le vicende successive all'emissione dell'ordinanza di convalida dell'arresto.

A parere di chi scrive, si potrà procedere al giudizio direttissimo, ma il rito seguirà sorti diverse in base all'epilogo cautelare subito dall'arrestato: se non è stata applicata una misura l'udienza deve essere rinviata *ex art. 83 co. 1 d.l. 18/2020*, mentre nei casi di applicazione della cautela, l'udienza può essere celebrata solo su richiesta

---

<sup>14</sup> La disposizione non presta alcuna attenzione ai requisiti modali e temporali per assolvere l'incombente, evidentemente rimessi alla determinazione delle «linee guida vincolanti» adottabili da parte dei capi degli uffici giudiziari. Per consentire agli uffici giudiziari di predisporre la necessaria organizzazione dell'udienza anche nell'imminenza della sua celebrazione il Consiglio superiore della Magistratura «ha invitato i Capi degli Uffici giudiziari a valutare la possibilità di acquisire, tramite interlocuzione con il foro, la richiesta con anticipo rispetto alla data fissata in modo da poter organizzare la videoconferenza, auspicando, quindi, una richiesta in tal senso della cancelleria». Sul punto, cfr. Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, *Relazione del 23 marzo 2020 n. 34 su novità normativa. Ricadute del d.l. 17 marzo 2020, n.18 sui giudizi penali in Cassazione*, in [www.cortecassazione.it](http://www.cortecassazione.it).

dell'imputato, perché opera la condizione di cui alla lett. *b* co. 3 dell'art. 83 d.l. in commento, istanza da proporre anche nel caso di richiesta di termine a difesa.

L'istanza, da inquadrare come atto unilaterale recettizio, non è sindacabile da parte dell'autorità giudiziaria competente a svolgere l'attività.

Non sussistono ragioni per ritenere che la domanda sia irrevocabile.

Non essendo previsto alcun termine, tantomeno a pena di decadenza o inammissibilità, a prescindere dai contenuti di eventuali protocolli d'intesa o "linee guida vincolanti" adottati dagli uffici giudiziari, che non possono certo determinare sanzioni del genere, riteniamo che il giudice possa disporre il rinvio esclusivamente se la richiesta non viene depositata almeno entro il giorno dell'udienza e, comunque, non potrà astenersi dal tenere l'incombente qualora le parti si presentino direttamente all'udienza, come può accadere, ad esempio, nel caso in cui il soggetto istante sia sottoposto a misura cautelare non detentiva.

È chiaro che se le strette tempistiche entro le quali l'istanza giunge all'attenzione dell'organo di giudizio non permettono di celebrare l'incombente già fissato, è possibile aggiornare l'attività al primo giorno utile.

Una volta proposta fruttuosamente la richiesta, i soggetti internati, detenuti o imputati (o indagati) in custodia cautelare partecipano all'attività secondo le previsioni di cui al co. 12, cioè in videoconferenza o con collegamento "da remoto", come vedremo meglio dopo.

Nella pratica si potrebbe presentare il caso in cui la volontà del legale e dell'assistito entrino in conflitto, in quanto il difensore rifiuta di procedere perché intende privilegiare le ragioni della propria salute e mantenere il *lockdown*.

Sul piano strettamente processuale l'art. 99 co. 2 Cpp dirime il contrasto a favore della volontà dell'assistito.

La questione, però, è suscettibile di ulteriori implicazioni, che si muovono sul piano del rapporto fiduciario fonte del mandato conferito al difensore, e si spinge fino a giustificare la revoca o la rinuncia.

Nell'ipotesi in cui sia il difensore di ufficio a non volere procedere, il magistrato dovrà valutare se le ragioni addotte integrino i gravi motivi che legittimano la nomina di altro difensore di ufficio.

Le risposte, in ogni caso, non sono scontate.

La problematica emergenziale travolge, infatti, comportamenti patrimonio del difensore che affondano le loro radici nella storia dell'avvocatura e certezze assodate che oggi devono fare i conti con gli effetti e i timori del contagio.

E che dire, poi, se a rifiutarsi di svolgere l'udienza fossero il pubblico ministero o il giudice, o l'ausiliario, perché ritengono che gli accorgimenti adottati dall'ufficio giudiziario non siano adeguati a contenere il rischio da contagio.

La soluzione, alla fine, a modo di vedere di chi scrive, è rimessa alle contingenze concrete e al buon senso dei protagonisti della vicenda.

L'attribuzione all'interessato della scelta di procedere si mostra inconsapevole delle molteplici ragioni pratiche, non ultime le difficoltà dovute agli ostacoli frapposti dai divieti emanati per contrastare l'emergenza, che ostano, in particolare ai soggetti reclusi in carcere, alla possibilità di confrontarsi con il difensore sulla decisione da assumere ai sensi del co. 3 dell'art. 83 d.l. cit.

Risoluzione che, prima di tutto, presuppone di avere affrontato ogni questione sulla possibilità di predisporre o proseguire efficacemente la linea difensiva nel corso del periodo emergenziale.

Da qui, possono derivare decisioni prese senza la dovuta riflessione e assistenza difensiva, così da provocare ricadute sui diritti dell'interessato.

Il meccanismo, insomma, appare disattento alle necessità di maggiore tutela da riservare soprattutto ai soggetti *in vinculis*.

Infine, per come congegnata, la disposizione non sembra attribuire all'autorità giudiziaria l'obbligo di assicurarsi se l'interessato voglia o meno procedere all'incombente, così autorizzando il giudice a rimanere inerte spettatore del trascorre del tempo, in attesa dell'arrivo dell'istanza o, in difetto, di disporre il rinvio.

Una sorta di funzione notarile: certificata l'assenza della richiesta si procede al differimento.

Forse un meccanismo di verifica della volontà dell'interessato avrebbe evitato le ricadute negative evidenziate sopra.

A questo punto, occorre individuare il momento in cui, una volta depositata la domanda di procedere, vengono meno gli effetti sospensivi determinati dal co. 2.

Due le soluzioni che sembrano contendersi il campo: la richiesta elimina la sospensione fin dall'origine, cioè dal 9 marzo 2020; oppure l'effetto sospensivo cessa dal giorno in cui è depositata o avanzata l'istanza.<sup>15</sup>

Nel primo caso il deposito provocherebbe la sterilizzazione di tutto il periodo, mentre nel secondo i termini sarebbero sospesi *ex lege* e riprenderebbero a decorrere dal momento di deposito dell'istanza.

In quest'ultima ipotesi, si determinano ricadute del tutto casuali sulla durata della sospensione, così creando differenti trattamenti tra i soggetti interessati.

Un intervento del legislatore sul punto sembrava opportuno, ma tanto in sede di conversione in legge, quanto successivamente, complici le necessità di procedere con speditezza, senza curarsi delle molteplici criticità alle quali ha dato origine la normativa in commento, nulla è mutato.

---

<sup>15</sup> Cfr. L. Fidelio, A. Natile, *Emergenza Covid-19 e giustizia penale di merito un catalogo (incompleto) dei problemi*, in *QuestG* 16 aprile 2020, che propendono per la seconda opzione.

E in un momento storico in cui le incertezze dovute all'emergenza sono un aspetto costante della vita quotidiana, qualche punto fermo sarebbe, invece, auspicabile e, anzi, quanto mai necessario.

Ma andiamo avanti.

Il rinvio delle udienze è inibito, altresì, quando, su richiesta di parte, è necessario assumere prove indifferibili con incidente probatorio ex art. 392 Cpp.

La dichiarazione di urgenza è apposta dal giudice con decreto motivato, non impugnabile.

A nostro avviso la disposizione è riferibile sia ai procedimenti per cui è già stata accolta la richiesta di procedere e fissata l'udienza, sia nei casi in cui è pendente la richiesta ma non è stata ancora assunta la decisione di ammissibilità, nonché alle ipotesi in cui la parte depositi, nel periodo preso in esame dalla disciplina in commento, la richiesta d'incidente probatorio.

Il soggetto interessato dovrà specificare i profili di rischio che, rispetto alle eterogenee ipotesi contemplate dal catalogo ex art. 392 Cpp<sup>16</sup>, impongono la celere assunzione della prova.

Ad esempio, difficilmente l'incidente potrebbe essere negato nei casi della lett. a dell'art. 392 Cpp, mentre sono i caratteri contingenti del caso concreto, compiutamente esposti dalla parte che richiede l'attivazione del mezzo istruttorio, ad orientare il giudice nelle ipotesi volte all'esame della persona minorenni, nelle evenienze ex art. 392 co. 1 bis Cpp.

Tuttavia, l'istante non potrà dolersi dell'eventuale, insindacabile, decisione negativa del giudice, unico soggetto demandato ad apprezzare l'esistenza di tali ragioni.

Seppure il legislatore non menzioni espressamente l'ipotesi, sembra possibile procedere all'acquisizione indifferibile della prova a rischio di dispersione anche nei casi di procedimenti fissati per il dibattimento.

In primo luogo, la conclusione contraria sembra irragionevole, perché diversificherebbe situazioni che rispondono alle medesime esigenze.

In secondo luogo, l'assunzione di prove "urgenti" è prevista anche per tale fase dall'art. 467 Cpp, che, non a caso, richiama le ipotesi ex art. 392 Cpp.

---

<sup>16</sup> Come noto, la disciplina dell'incidente probatorio è stata estesa ad ipotesi che rispondono ad esigenze volte a tutelare beni giuridici eterogenei, quali le esigenze di protezione del minore o della vittima di determinate fattispecie di reato, necessità, tuttavia, lontane dalle originali disciplinate dal legislatore storico, per il quale l'uso di tale previsione era limitato ai casi di pericolo di dispersione della prova dovuto, ad esempio, al fondato motivo di ritenere che la persona non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità od altro grave impedimento, oppure per l'esistenza di elementi concreti e specifici, che inducano un fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso.

In terzo luogo, l'articolo in commento menziona il giudice e il presidente del collegio giudicante, dizione che permette di attribuire anche agli organi dibattimentali la facoltà di procedere, perché, diversamente, l'annotazione sarebbe priva di senso se il legislatore avesse voluto riferirsi esclusivamente alle ipotesi d'incidente probatorio, incombenti celebrati dal Gip o, in alcuni casi, dal Gup, organi monocratici.

3.4. Il co. 4 specifica che, nei procedimenti penali in cui per effetto del co. 2 i termini processuali sono sospesi dal 9 marzo 2020 al (15 aprile 2020 ma ora) 11 maggio 2020, sono altresì sospesi, per il medesimo arco temporale, i termini:

- di prescrizione del reato;
- di cui all'art. 303 Cpp, ovvero i termini di durata massima della custodia cautelare, intermedi o di fase, cioè riferiti ai diversi stati o gradi del procedimento (indagini preliminari, giudizio di primo grado, di appello ed ai successivi gradi di giudizio fino all'irrevocabilità della pronuncia) e di durata complessiva, che prescindono da eventuali proroghe delle misure;
- di cui all'art. 308 Cpp, vale a dire i termini di durata massima delle misure diverse dalla custodia cautelare (si tratta delle misure coercitive non custodiali e delle interdittive<sup>17</sup>).

L'effetto sospensivo opera *ex lege*.

Rispetto alle ultime due ipotesi la sospensione agisce senza un provvedimento che esponga le motivazioni che giustificano la protrazione della cautela, impugnabile ed emesso dall'autorità giudiziaria, come, invece, imposto dalla carta fondamentale.

Emergono, allora, possibili criticità rispetto ai contenuti *ex art. 111 co. 6 e 7 Cost.*

3.5. Tralasciando i provvedimenti meramente organizzativi degli accessi del pubblico agli uffici giudiziari, è necessario interrogarsi ora sui profili sollevati dal co. 7 lett. *d* dell'articolo in commento<sup>18</sup> che conferisce ai capi di tali uffici la possibilità di

---

<sup>17</sup> La sospensione dei termini di durata massima delle misure cautelari non custodiali non era prevista dal d.l. 11/2020 che, all'art. 2, co. 4, richiamava solo i termini previsti dall'art. 303 Cpp e non quelli previsti dall'art. 308 Cpp. Perciò, rispetto alle misure non custodiali, si pone il problema della portata retroattiva della sospensione dei termini di durata massima prevista dall'art. 83, co. 4, d.l. in commento, rispetto al periodo compreso tra il 9 e il 17 marzo 2020.

<sup>18</sup> La disposizione deve essere letta in combinato disposto con il precedente co. 6, il quale demanda ai capi degli uffici giudiziari, sentite o d'intesa con alcune istituzioni meglio elencate nella norma stessa, tra le quali il locale Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, il compito, che può essere assolto attraverso le attività elencate dal co. 7, di adottare misure organizzative atte a contrastare gli effetti negativi dell'emergenza da Covid-19 sulle attività giudiziarie

adottare «linee guida vincolanti» per la regolamentazione delle udienze, tanto nel corso della prima fascia temporale rispetto all'attività non sospesa, come disposto dai contenuti del co. 5, quanto con provvedimenti generali per il periodo successivo compreso tra le date del 12 maggio e (prima 30 giugno 2020, ma ora) 31 luglio 2020.

La norma, in parole povere, “scippa” il fascicolo processuale al giudice titolare, organo individuato secondo i criteri tabellari in vigore nei singoli uffici giudiziari in diretta attuazione delle tutele ex art. 25 co. 1 Cost., e la consegna al capo dell'ufficio, che, di fatto, ne diventa l'assegnatario.

Ora, la dizione “capo” rispetto alla tematica del regime dei rapporti tra magistrati assegnati al medesimo ufficio giudicante, potrebbe avere creato un *qui pro quo*.

I giudici si distinguono solo per funzioni<sup>19</sup> e - fatti salvi i profili organizzativi di natura amministrativa e altri aspetti regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario, tratti che rispetto ai contenuti normativi qui in commento non rilevano - il capo dell'ufficio al quale appartengono non può emettere ordini «vincolanti» che interessino l'esercizio dell'attività giurisdizionale dei colleghi.

È l'art. 101 Cost. che lo impone, nel momento in cui, nel disporre che il giudice è sottoposto soltanto alla legge, determina uno dei necessari caratteri dell'organo di giudizio, cioè l'indipendenza.

Connotato che non riguarda esclusivamente i rapporti con gli altri poteri dello Stato, distinti, secondo la tradizionale tripartizione elaborata da Montesquieu all'epoca dei lumi, in legislativo, esecutivo e, appunto, giudiziario (che peraltro il filosofo illuminista definiva per certi aspetti «nullo»<sup>20</sup>), ma anche i rapporti tra i soggetti che svolgono la funzione giudicante.

---

<sup>19</sup> Ciò a differenza degli uffici di Procura organizzati secondo un sistema verticistico, che però non significa che il Procuratore “capo” possa agire come meglio ritiene, svincolato da qualsiasi regola. Questi, invece, nei rapporti con i sostituti è tenuto al rispetto dei precetti costituzionali, della legge, in particolare della legge sull'ordinamento giudiziario, e delle circolari emanate dal CSM che disciplinano i vari settori in cui si svolge l'attività della Procura della Repubblica: dall'assegnazione dei fascicoli, all'attribuzione delle materie specialistiche e così via. Inoltre, i sostituti in udienza sono “autonomi” rispetto al capo dell'ufficio. Il Procuratore della Repubblica, infatti, esercita i poteri riconosciutogli in tema di organizzazione dell'ufficio dall'art. 1 co. 6 d.lgs. 106/2006, ha il dovere di assicurare il corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale, ex art. 1 co. 2 d.lgs. 106/2006, ed adempie i propri doveri nel rispetto della legge e delle garanzie di indipendenza e autonomia che la Costituzione riconosce sia ai giudici che ai pubblici ministeri, ex artt. 101, 102, 105, 107 e 112 Cost.

<sup>20</sup> Lo ricorda P. Ferrua, *Il giusto processo tra governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in *DPP*, 1, 2020, 5, il quale afferma che più che un potere «quello giudiziario dovrebbe costituire un “ordine autonomo e indipendente” come lo definisce la costituzione, che trova nella soggezione alla legge e nella sua imparziale applicazione la principale fonte di legittimazione. “Dei tre poteri - diceva Montesquieu - quello giudiziario è in qualche senso nullo”».

Le riflessioni appena spese fanno emergere, allora, severe criticità generate dalla disposizione in commento, che attingono, in primo luogo, i profili determinati dall'art. 101 Cost. e, in secondo luogo, laddove abbiano comportato la modifica dell'assegnazione dei processi ai singoli giudici o ai collegi o alterato la composizione di quest'ultimi senza osservare le disposizioni tabellari, anche i contenuti dell'art. 25 co. 1 Cost.

Non solo.

Le criticità impattano anche sul principio di legalità processuale ex art. 111 Cost., perché il carattere vincolante delle disposizioni dell'organo di vertice dell'ufficio giudiziario, agisce sulla disciplina codicistica che regola l'udienza derogandola.<sup>21</sup>

Aspetti che sono chiamati in causa anche dalle intese "protocollari" sorte nei vari circondari della Nazione per regolare la celebrazione delle attività relative ai procedimenti penali oggetto delle ipotesi eccezionali di cui al co. 3 dell'art. 83 d.l. cit., che vedono i diritti partecipativi delle parti disciplinati secondo le deficitarie regole di cui al co. 12.<sup>22</sup>

Tale scenario ha dovuto fare i conti con la necessità di temperare l'obbligo di celebrare i giudizi e l'esigenza di adottare soluzioni atte a contenere il rischio da contagio, all'interno di una cornice normativa in cui, ma lo vedremo meglio nelle prossime pagine, spicca l'assoluta mancanza di regole per l'uso degli strumenti tecnologici già citati e i correlativi diritti delle parti e doveri del giudice

E, così, sono nati i protocolli,<sup>23</sup> i cui contenuti, per le ragioni appena ricordate, non si limitano a dettare accorgimenti di buona prassi organizzativa, come di solito accade, ma regolamentano, analogamente alla legge processuale e in deroga a questa, i diritti partecipativi delle parti

Da qui, allora, non pare implausibile ritenere illegittimi i procedimenti celebrati a mezzo del "rito protocollare", per il contrasto con l'art. 111 co. 1 Cost.

Gli effetti dei provvedimenti dei capi degli uffici giudiziari non si fermano agli aspetti appena evidenziati.

---

<sup>21</sup> Cfr. le condivisibili affermazioni sul punto di G. Gaeta, *Relazione sulle novità processuali relative alla gestione dell'emergenza sanitaria da Coronavirus*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

<sup>22</sup> Disposizione sulla quale rifletteremo più approfonditamente nei §§ 3.7 e 4.5.

<sup>23</sup> Già da tempo la dottrina s'interroga su tali tipologie di regole, prodotte lontano dalle procedure formali tipiche delle istituzioni costituzionali di governo, fonti di severi dubbi sul rispetto del principio di legalità processuale, v. F. Trapella, *Brevissimo viaggio nel soft-law processuale, ovvero il giudizio penale al tempo dei protocolli*, in *Cass. pen.*, 2018, 4013 ss. e D. Negri, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Padova 2017, 1 ss., il quale ricorda il «singolare destino (...) riservato al principio di legalità processuale» ed evidenzia il «fenomeno eclatante della proliferazione di atti – di varia e spesso dubbia natura giuridica – che ambiscono a porsi quali fonti regolatrici del processo, oltre e persino contro la legge».

In virtù del co. 9 dell'art. 83, infatti, nei procedimenti penali rinviati a causa delle misure organizzative eventualmente adottate dai capi degli uffici giudiziari ai sensi dei co. 6 e 7 lett. g, fatte salve le eccezioni di cui al co. 3 (che abbiamo già analizzato sopra), nel periodo di tempo in cui il procedimento è rinviato e, comunque, non oltre il limite del 30 luglio 2020 (come modificato dal d.l. 28/2020), sono sospesi i termini:

- di prescrizione del reato;
- ex art. 303 Cpp, ovvero i termini di durata massima della custodia cautelare, intermedi o di fase, cioè riferiti ai diversi stati o gradi del procedimento (indagini preliminari, giudizio di primo grado, di appello ed ai successivi gradi di giudizio fino all'irrevocabilità della pronuncia) e di durata complessiva, che prescindono da eventuali proroghe delle misure;
- di cui all'art. 308 Cpp, vale a dire i termini di durata massima delle misure diverse dalla custodia cautelare (si tratta delle misure coercitive non custodiali e delle interdittive).
  - per la decisione della richiesta di riesame di ordinanze che dispongono misure coercitive, ex art. 309 co. 9 Cpp.
  - per la decisione di legittimità sull'impugnazione dell'ordinanza emessa dal tribunale del Riesame, ex art. 311 co. 5 Cpp;
  - assegnati al Tribunale del riesame per la decisione a seguito dell'annullamento della precedente ordinanza, ex art. 311 co. 5 bis Cpp;
  - per la decisione sull'istanza di riesame di una misura cautelare reale da parte del Tribunale del riesame, ex art. 324 co. 7 Cpp;
  - previsti a pena d'inefficacia dei provvedimenti emessi in tema di confisca dei beni sequestrati, indicati dagli artt. 24 co. 2 e 27, co. 6 d.lgs. 159/2011 (cd codice antimafia).

Nel periodo relativo alla seconda fase, allora, viene meno la sospensione generalizzata dei termini, che, perciò, riprendono a correre, salvo le ipotesi appena elencate nei casi di rinvio.

La sospensione ai sensi del co. 9 opera, quindi, per un arco temporale definito, che decorre dal (originariamente 16 aprile 2020 fino al 30 giugno 2020, ma ora) 12 maggio 2020 fino al 31 luglio 2020, termine ultimo dal quale i termini riprendono in ogni caso il loro corso.

La disposizione solleva alcune perplessità.

Intanto, opera all'interno di un periodo in cui la situazione emergenziale si mostra in via di affievolimento. Un periodo in cui, a maggiore ragione rispetto al precedente, in alternativa al mero rinvio possono essere scelte altre soluzioni in grado di assolvere ragionevolmente le esigenze di tutela della salute, vale dire

ricorrere ad accorgimenti analoghi a quelli adottati per svolgere in sicurezza le attività volte ad assolvere le necessità della vita quotidiana.

Sfuggono le ragioni per cui nel sistema giustizia non sia possibile munirsi dei medesimi presidi ritenuti validi in altri settori per scongiurare i pericoli del contagio e, di conseguenza, evitare i riflessi limitativi dei diritti di libertà, causati dall'eventuale rinvio disposto dai capi degli uffici giudiziari.

Oltretutto, la misura del rinvio è disposta sulla base di esigenze contingenti, così da determinare situazioni diversificate in ambito nazionale, in virtù delle ragioni che animano le diverse decisioni.

Inoltre, la sospensione dei termini di cautela è determinata da provvedimenti che, nonostante incidano sul piano della libertà personale, sono adottati da un organo estraneo alla vicenda giudiziale specifica, immotivati rispetto ai *pericula libertatis* che dovrebbero giustificare l'eventuale protrazione della misura per il periodo dovuto alla sospensione e non risultano impugnabili.

Connotati che, una volta ancora, sembrano inconciliabili con il dettato ex art. 111 co. 6 e 7 Cost.

3.6. Abbiamo già visto come nei casi di cui alla lett. *b* nn. da 1 a 3 del co. 3 dell'art. 83 in commento, il legislatore abbia lasciato al singolo interessato la facoltà di scegliere se richiedere al giudice di compiere atti o attività, altrimenti sospesi.

In sostanza, è stata concessa la scelta di privilegiare le ragioni dei diritti di libertà o attendere e sopportare le restrizioni per, perlomeno così è stato sostenuto, non esporsi al pericolo del contagio.

Pare a chi scrive, in primo luogo, che se così fosse, la disposizione si muova nella logica del "bere o affogare", con la variante che qualsiasi sia la scelta, il rischio di soffocamento permane in ogni caso.

Una simile prospettiva, allora, solleva severe perplessità.

Intanto, il legislatore avrebbe potuto seguire altre strade, tra le quali, ad esempio, estendere il regime di eccezione *ex lege* a tutte le ipotesi di cui alla lett. *b* del co. 3, dando disposizione di adottare ogni cautela necessaria per scongiurare i paventati pericoli di contagio.

Timori, oltretutto, perlomeno a nostro parere, non così giustificati rispetto ai soggetti detenuti o in custodia cautelare in carcere, che partecipano all'incombente in videoconferenza o da remoto come prescritto dal co. 12 dell'art. 83. Non essendo tradotti in aula, allora, il rischio di esporsi al *virus* rimane al medesimo livello, perché, oltre agli incontri con gli altri ristretti, con gli agenti di custodia e con il difensore, il detenuto non sembra vivere ulteriori situazioni che lo esponano al

contagio salvo quelle che lo interessano, diciamo così, tutti gli altri giorni all'interno del luogo di restrizione.

Del resto, in questo periodo è, semmai, la permanenza in carcere a costituire fonte di grave pericolo per la salute dei detenuti,<sup>24</sup> tanto è vero che il legislatore ha inserito nel d.l. 18/2020 forme volte ad affievolire il regime di restrizione, seppure esclusivamente per i cd. definitivi.<sup>25</sup>

Alla fine, allora la logica che ha indotto il legislatore a condizionare gli adempimenti alla richiesta di procedere sembrano allontanarsi dalle ragioni *ex art. 32 Cost.* rispetto ai soggetti in regime detentivo carcerario. E comunque, appare ingiustificata rispetto all'arco temporale di cui al co. 9: periodo in cui, cioè, le ragioni dell'emergenza vanno gradualmente ad affievolirsi e l'esperienza di contrasto maturata sul campo permette valutazioni più accorte sulla scelta dei presidi da utilizzare per permettere la celebrazione delle udienze in ragionevole sicurezza, senza dovere mettere gli interessati nella posizione di sacrificare i loro diritti di libertà.

Inoltre, al danno sembra aggiungersi la beffa: qualora la scelta cada sulla presentazione della richiesta di attivazione dei meccanismi dell'udienza, i diritti partecipativi dell'istante sono regolati attraverso la videoconferenza o con il collegamento da remoto ai sensi del co. 12 dell'art. 83 in commento, vale a dire una soluzione per cui l'opzione volta a procedere si risolve in una situazione a discapito dell'interessato.

Se è vero, infatti, che l'accusato non vede sospesi i termini della cautela, tuttavia partecipa ad un processo in cui la funzione di tutela del diritto di difesa e del contraddittorio è solo un pallido ricordo.

La pretesa di attribuire la soluzione selezionata dal legislatore al compromesso volto a privilegiare la salute o la libertà non pare reggere alla prova dei fatti.

La scelta, invece, sembra fondata su un rapporto tra esigenze processuali e libertà individuale in cui le prime prevalgono sulla seconda.

In poche parole, i contenuti normativi sembrano dettati dall'esigenza di impedire l'uscita dal regime di restrizione, più che dalla volontà di favorire la tutela della salute.

---

<sup>24</sup> Cfr. E. Santoro, *Diritto alla salute e prevenzione in carcere: problemi teorici e pratici di gestione del coronavirus negli istituti di pena*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 3 maggio 2020.

<sup>25</sup> Cfr. E. Marzaduri, *Le sorti dei detenuti sottoposti a custodia carceraria ai tempi del coronavirus*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 24 marzo 2020, che sottolinea le condizioni di sovraffollamento delle carceri, luoghi in cui appare più che difficoltoso, se non sostanzialmente impossibile, assicurare adeguatamente l'adozione delle misure indispensabili per evitare contagi (distanza di sicurezza, igiene personale e la sanificazione dell'ambiente).

L'esame condotto fino a qui fornisce la prima occasione per una breve riflessione rispetto alle opzioni selezionate dal legislatore al fine di gestire l'emergenza nel settore giustizia, selezione che certamente è intervenuta rispetto a problematiche di difficoltosa gestione.

La scelta, tuttavia, è stata quella di contrastare il *virus* adottando soluzioni rigide che contraggono sensibilmente i diritti dell'accusato; conclusione confermata non solo dall'analisi delle ulteriori disposizioni della norma in commento, comprese quelle inserite su iniziativa del Governo nel d.d.l. di conversione del d.l. 18/2020, definitivamente approvate in legge dall'organo parlamentare, poi in parte rimediate dal successivo intervento operato con il d.l. 28/2020.

3.7. L'art. 83, co. 7 contiene ulteriori previsioni di regolamentazione delle udienze, da leggersi in combinato disposto con il precedente co. 6.

Con la lett. e co. 7 dell'art. 83 d.l. cit. il legislatore interviene sulla disciplina delle udienze pubbliche, prevedendone, con ragionevole opportunità, la celebrazione a porte chiuse secondo le coordinate tracciate dalla art. 472 co. 3 Cpp.

È chiaro il riferimento: le ipotesi in cui la pubblicità può nuocere all'igiene pubblica; condizione oggettivamente attivabile in sede emergenziale da Covid-19.

Il co. 12 dell'art. 83 d.l. citato introduce, come anticipato sopra, regole tese a disciplinare l'intervento in udienza (ma anche alle attività d'indagine svolte da "remoto" in virtù del richiamo al comma in esame contenuto nel co. 12 *quater*) dei soggetti che si trovano ristretti a qualsiasi titolo.

Dal 9 marzo 2020 al 31 luglio 2020, infatti, la partecipazione a qualsiasi udienza da parte di detenuti, internati o imputati in stato di custodia cautelare deve avvenire mediante videoconferenze o collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e, in quanto compatibili, 5 dell'articolo 146 *bis* delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale.

In sostanza, il legislatore ha inteso assicurare i diritti partecipativi dei soggetti ristretti mediante gli strumenti citati, il secondo del tutto inedito e da regolarsi da parte di un dirigente del Ministero (aspetto sul quale torneremo tra qualche pagina), idonei a garantire, nel solco di quanto previsto dai contenuti selezionati dall'art. 146 *bis* NAttCpp, la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto, oltre a imporre, se il provvedimento è adottato nei confronti di più imputati che si trovano, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in luoghi diversi, che ciascuno di costoro deve essere posto in grado, con il medesimo mezzo, di vedere ed udire gli altri.

Opportunamente, il co. 12 richiama anche il comma 4 della disposizione di attuazione citata, per cui è sempre consentito al difensore o a un suo sostituto di essere presente nel luogo dove si trova l'imputato e che il difensore o il suo sostituto presenti nell'aula di udienza e l'imputato possono consultarsi riservatamente, per mezzo di strumenti tecnici idonei.

Grazie al riferimento al co. 5 dell'art. 146 *bis* NAttCp, il luogo dove si collegano i ristretti in audiovisione è equiparato all'aula di udienza.

Per la verità, i sistemi di videoconferenza hanno dato adito a molteplici questioni sotto il profilo della tenuta costituzionale (artt. 24 e 111 Cost.) e convenzionale (art. 6 Cedu) del modello partecipativo oggetto delle norme processuali citate sopra, questioni legate proprio alla necessità di subordinarne l'utilizzo al rispetto di una serie di condizioni atte ad evitare l'illegittima compromissione di tali valori.<sup>26</sup>

Il processo a distanza, infatti, costituisce ipotesi eccezionale e, perciò, l'applicazione generalizzata a tutti i soggetti in restrizione solleva perplessità sotto vari profili, che in parte abbiamo già affrontato sopra e altri che, per esigenze espositive, vedremo meglio poco oltre, perché coinvolgono le medesime problematiche determinate dai contenuti degli emendamenti presentati dal Governo in sede di conversione del d.l. 18/2020, poi tramutati definitivamente in legge.

Gestire le ragioni dell'emergenza e coniugarle con i diritti dell'accusato è oggettivamente difficoltoso; negarlo sarebbe un'assurdità.

Un fatto è, però, certo: una simile alterazione dei valori in campo merita, intanto, di essere rivista alla luce dell'evoluzione della situazione generale che sembra giustificare l'adozione di misure meno stringenti e, comunque, deve rimanere

---

<sup>26</sup> La partecipazione "virtuale" dell'imputato al proprio dibattimento è stata oggetto di incisive modifiche ad opera della "riforma Orlando": modificando il testo della disposizione di riferimento, ossia l'art. 146 *bis* NAttCp, la l. 103/2017 ha dilatato il raggio applicativo dell'istituto tanto da invertirne la logica perché trasformato «da eccezione in regola», v. S. Signorato, *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 20 novembre 2017. Cfr. B. Galgani, *Il processo penale paperless: una realtà affascinante, ancora in divenire*, in AA.VV., *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura di L. Lupària, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino 2019, 269, l'Autrice, con rapida ma efficace sintesi, sottolinea come «il legislatore, per un verso ha reso obbligatorie la maggior parte delle ipotesi di partecipazione a distanza e, per l'altro, ha ampliato l'ambito di quelle facoltative. Non sorprende, quindi, che la rimodulazione così impressa all'istituto abbia suscitato, nell'immediato, nuove e non marginali censure in punto di bilanciamento tra differenti valori costituzionali». Sui temi sollevati dalla riforma Orlando rispetto alla partecipazione dell'imputato con i sistemi di videoconferenza, v., con diverse sfumature, A. Gaito, *Videoconferenza per ius superveniens e compressione della difesa: gli effetti perversi di certe prassi applicative*, in *AP* 2018, suppl. 1, 587 ss. e P.P. Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, in *DPenCont.*, 2017, 7-8, 131 ss. Cfr. anche le riflessioni di M. Daniele, *La sagomatura dell'esame a distanza nel perimetro del contraddittorio*, in AA.VV., *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri, R. Orlandi, Torino 2017, 130 ss.

confinata allo stretto periodo colpito dalla necessità di gestire le esigenze di salute ed igiene pubblica, senza ulteriori riflessi per il futuro.

Viceversa, la normativa in esame, letta anche alla luce dei contenuti delle disposizioni inserite su proposta dell'esecutivo in sede di conversione in legge, è capace di generare l'inquietudine che il sistema nato nel corso dell'emergenza Covid-19, possa assumere carattere generalizzato per ogni attività processuale e procedimentale e a prescindere dallo stato detentivo dell'accusato.

4. A questo punto, affrontiamo i contenuti degli emendamenti presentati dal Governo in sede di esame parlamentare, che, unitamente al successivo intervento operato con il d.l. 28/2020, hanno assegnato la fisionomia attuale al complesso di disposizioni demandato a regolare il processo penale del periodo emergenziale.

4.1. I contenuti originali del co. 12 *bis* dell'art. 83, come introdotti in sede di conversione in legge sulla base degli emendamenti dell'esecutivo, prevedevano che, dal 9 marzo al 30 giugno 2020, qualsiasi udienza penale alla quale non dovessero partecipare soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti e periti, potesse essere celebrata mediante collegamenti "da remoto" individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del ministero della Giustizia.

In sostanza, si trattava di tutte le udienze, salvo le ipotesi in cui fosse prevista la deposizione di un testimone, diverso dagli appartenenti alla polizia giudiziaria.

Come abbiamo anticipato, il d.l. 28/2020 ha rivisto l'impostazione originaria della norma, sottraendole le sequenze dibattimentali in cui è più pressante l'esigenza di evitare che le modalità tecnologiche causino la compromissione dei diritti partecipativi delle parti private.

Grazie all'inciso inserito in calce al co. 12 *bis*, infatti, salvo consenso delle parti - da intendersi, a nostro avviso, nel significato di parte privata e pubblica - può essere celebrata in modalità "telematica" esclusivamente l'udienza in cui sono previsti adempimenti diversi dalla discussione finale e dall'esame dei testimoni, parti, consulenti tecnici e periti.

Quindi, ad esempio, potrà essere celebrata "da remoto" l'udienza in cui il giudice procede esclusivamente a conferire l'incarico al perito, ma non quella in cui questi deve essere sottoposto all'esame (salvo diverso accordo tra le parti).

La novella contenuta nel d.l. 28/2020 a prima vista sembrerebbe avere creato un paradosso rispetto alle origini, perché il consenso sembra autorizzare l'escussione di qualsiasi "testimone" con le forme telematiche. In realtà, la dizione utilizzata dal

legislatore deve essere confinata nei soggetti previsti nella prima parte della norma, che esclude l'esame di testimoni diversi dai membri della polizia giudiziaria.

La disposizione non chiarisce come le parti devono/possono fornire il consenso e se, una volta dato, per aprire la strada al processo "da remoto" sia sufficiente tale comune volontà oppure se il giudice conservi un margine di discrezionalità sulla decisione di celebrare l'udienza secondo tali regole.

Regole che, comunque, a nostro avviso, soffrono dei *gap* che andiamo ad evidenziare.

La norma impone al giudice di comunicare prima dell'udienza alle parti e agli altri soggetti che devono partecipare, il giorno, l'ora e le modalità del collegamento.

Il legislatore non ha fornito alcun riferimento atto a guidare il giudice nella scelta di tali contenuti, lasciandolo libero di determinarsi in piena autonomia. Non è prevista alcuna interlocuzione delle parti su tali aspetti.

Una sorta di monologo.

Il termine previsto per l'avviso alle parti ed agli altri soggetti ha natura dilatoria, ma è indeterminato, così da lasciare mano libera all'organo di giudizio. È auspicabile che il giudice indichi nell'avviso di fissazione dell'udienza tali aspetti, così da procedere, una volta ottenuto il consenso delle parti, all'accoglimento della richiesta e all'utilizzo delle modalità telematiche. Nelle altre ipotesi, l'avviso deve giungere con congruo anticipo. Quale sia, però, questo lasso di tempo ragionevole è un problema rimesso alla decisione del giudice.

Al giudice è rimessa, inoltre, la determinazione delle modalità di svolgimento dell'udienza che - impone con enfasi il legislatore - devono essere idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. L'indicazione non risolve i problemi che mira ad evitare: troppo poco, francamente, per un compito così fondamentale che, infatti, non a caso l'art. 111 Cost. riserva alla legge.

Rifletteremo diffusamente su questi aspetti più avanti, ma ci pare il caso di anticipare subito che oralità e immediatezza non possono essere surrogate da una conversazione su di una piattaforma di proprietà di una società privata, concepita per gestire riunioni di lavoro o private, che non impongono l'utilizzo di forme predeterminate dalla legge, finalizzate ad assolvere le esigenze di tutela dei diritti processuali dell'accusato.

Andiamo avanti.

I "liberi" partecipano all'atto esclusivamente dal luogo dove si trova il difensore, il quale ne attesta l'identità. Così, nonostante le forme del processo "da remoto" siano adottate con l'intento di contenere i pericoli del contagio, il difensore è costretto ad "ospitare" l'assistito, astrattamente veicolo della malattia.

I soggetti in restrizione partecipano all'udienza con le modalità di cui al co. 12, ovvero dal luogo di detenzione. Il difensore, se vuole, può partecipare dalla medesima postazione.

La difesa è lontana dalla fonte di prova, se l'udienza "da remoto" è stata disposta per svolgere istruttoria e le parti hanno prestato il consenso.

Nel caso in cui l'arrestato o il fermato siano agli arresti domiciliari, possono partecipare al giudizio di convalida "da remoto" dal «più vicino» ufficio di polizia giudiziaria attrezzato allo scopo, se disponibile. Il difensore può partecipare dal medesimo ufficio.

Nelle varie previsioni che compongono l'art. 83 in commento, il legislatore non ha lesinato l'utilizzo di avverbi di luogo e tempo che riprendono concetti vaghi e indefiniti. Comunque, dovrebbe trattarsi del comando delle forze dell'ordine che consente il tragitto più breve dal luogo in cui l'arrestato o il fermato si trova in restrizione domiciliare.

Il comma 12 *bis* nella sua formulazione originaria evidenzia, come poche altre disposizioni del "Cura Italia" demandate a regolare il settore penale riescono a fare, la logica seguita dal legislatore nel selezionare le azioni di contrasto all'epidemia nel settore giustizia: sbarrare gli ingressi degli uffici giudiziari ed allontanare le parti private dall'aula.

Effettivamente, seppure, in particolare nei primi periodi, non sia stato semplice gestire le problematiche dovute all'emergenza, le soluzioni legislative volte a tutelare l'igiene degli uffici giudiziari sono incentrate quasi esclusivamente sul ricorso agli strumenti telematici. E ciò anche nel periodo attuale in cui l'emergenza, lo abbiamo già notato, sembra affievolirsi gradualmente, tanto è vero che sono molti i settori in cui viene autorizzata la ripresa delle attività, seppure previa adozione delle opportune cautele.

Insomma, fa riflettere che nel settore giustizia, per il quale il legislatore si è mosso nel dichiarato obiettivo di garantire - viene da dire ad ogni costo - la prosecuzione dell'attività, non siano stati adottati i medesimi o simili accorgimenti e siano state, invece, privilegiate, con disinvoltura, scelte che stravolgono i fondamenti della giurisdizione e limitano gravemente i diritti partecipativi delle parti.

Solo grazie all'intensa spinta impressa al confronto con l'esecutivo e ai conseguenti contenuti del d.l. 28/2020 i rischi appena evidenziati, perlomeno rispetto a molte delle attività dibattimentali, sembrano essere stati contenuti.

#### 4.2. Ai tempi del Covid-19, il giudizio di legittimità è regolato dal co. 12 *ter*.

Per contrastare l'emergenza, dal giorno di entrata in vigore della legge di conversione fino al 31 luglio 2020, la partecipazione delle parti alle udienze, pubbliche e in camera di consiglio diventa l'eccezione.

La discussione assume natura "cartolare" e le conclusioni argomentate delle parti avvengono con note scritte.

L'ordine degli "interventi" è ricalcato sullo schema *ex art.* 614 Cpp.

La cancelleria riceve a mezzo PEC le conclusioni del Procuratore Generale e le inoltra, con lo stesso mezzo, ai difensori delle parti, le quali inviano le proprie alla cancelleria sempre attraverso la posta elettronica certificata.

La corte raccoglie il materiale e procede alla delibazione della decisione in camera di consiglio, che può svolgersi con i componenti del collegio collegati "da remoto", seguendo le indicazioni del *co. 12 quinquies*, che vedremo meglio dopo.

Opportunamente, il dispositivo deve essere comunicato alle parti a mezzo PEC.

Le parti private e il procuratore generale possono richiedere la discussione orale.<sup>27</sup> L'istanza deve essere formulata per iscritto (quanto al difensore, deve essere abilitato *ex art.* 613 Cpp) entro il termine perentorio di venticinque giorni liberi prima dell'udienza e presentata, a mezzo di posta elettronica certificata, alla cancelleria. Le udienze fissate in data anteriore al venticinquesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione sono rinviate in modo da consentire il rispetto del termine previsto per la richiesta di discussione orale.

Tuttavia, se l'istanza è avanzata dal difensore del «ricorrente», sono sospesi i termini di prescrizione e di custodia cautelare.

La terminologia utilizzata dal legislatore coinvolge esclusivamente i soggetti ristretti in carcere o agli arresti domiciliari.

La causa di sospensione sembra ricadere esclusivamente sui termini *ex art.* 303 Cpp. A parere di chi scrive, la custodia non può protrarsi oltre i limiti *ex art.* 304 *co. 6* Cpp. Militano in tal senso, oltre a ragioni legate alle esigenze di *favor libertatis*, motivi di coerenza rispetto alle previsioni di cui al *co. 3*.

Forse sono state le necessità organizzative dell'ufficio giudiziario a pesare come un macigno nel bilanciamento delle esigenze in campo. Tuttavia, la norma non sfugge alla sensazione che i diritti di libertà dell'accusato siano naufragati a causa della logica securitaria del legislatore, che, a fronte delle legittime richieste della difesa, per di più volte a ristabilire le regole ordinarie, sembra cedere alla tentazione di inquadrare come deviazione dal sistema l'attività del difensore teleologicamente orientata a favore delle ragioni dell'assistito.

---

<sup>27</sup> La norma è stata modificata dall'art. 3 *co. 1* lett. e nn. 1 e 2 d.l. 28/2020: originariamente solo la «parte ricorrente» era legittimata a richiedere la discussione orale.

Del resto, l'esercizio del diritto di difesa è espressione di esigenze tipicamente coperte dai valori *ex artt.* 24 e 111 Cost., che appartengano alla fisiologia del processo e, perciò, è estraneo alla logica che pretende di inquadrarlo quale causa di sospensione dei termini di cautela.

Oltretutto, non è detto che l'accusato *in vinculis* rivesta anche la posizione di «ricorrente»; senonché, subisce egualmente la protrazione della propria libertà personale in virtù della scelta difensiva di qualsiasi parte del processo.

Prima dell'intervento del d.l. 28/2020, ristabilite le forme originarie, nulla si diceva, però, sulle modalità di celebrazione, se da effettuarsi con collegamento da remoto o con la presenza fisica, dato che il termine "orale" non implica necessariamente l'una o l'altra soluzione. Era plausibile ritenere, visto il contesto in cui era inserita la norma, che la scelta cadesse sul ricorso alle disposizioni del co. 12 *bis*.

Oggi, però, in linea generale il co. 12 *bis* vieta il collegamento "da remoto" per le «udienze di discussione finale». Perciò, a nostro avviso, anche in sede di legittimità per, diciamo così, "discutere da remoto" le parti devono prestare il loro consenso. Una volta attivata tale modalità, il giudice di legittimità, ai fini della deliberazione della decisione finale, può avvalersi della previsione di cui al co. 12 *quinqüies* per svolgere la camera di consiglio.

4.3. Severe perplessità emergono dalla lettura del comma 12 *quater* dell'art. 83 d.l. 18/2020.

E non a caso.

La norma in esame, infatti, è destinata a replicare nella fase delle indagini preliminari i tratti fondamentali originari del co. 12 *bis*, come disciplinati dalla legge di conversione, in epoca antecedente all'intervento operato con il d.l. 28/2020, che, viceversa, non ha interessato il comma in esame.

Perciò, nel periodo dal 9 marzo 2020 al 31 luglio 2020, nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e il giudice possono procedere ad atti e attività di rispettiva competenza "da remoto".

L'attivazione di tale modello è sottoposta a condizione espressa: si può procedere solo nei casi in cui la presenza fisica dei soggetti menzionati non può essere assicurata senza mettere a rischio le esigenze di contenimento della diffusione del virus Covid-19.

Quindi, se tale condizione non si avvera è necessario procedere nei modi ordinari.

La decisione di avvalersi dello strumento è, ancora una volta, assegnata alla valutazione autonoma dell'inquirente o del giudice.

Alla difesa non è consentito interloquire previamente sull'opportunità o meno di procedere con le forme telematiche.

Un ulteriore monologo, a riprova della scarsa sensibilità manifestata dal legislatore per i confronti dialettici.

Tanta discrezionalità appare irragionevole e foriera di provocare dibattiti e contrapposizioni nella pratica quotidiana.

La disposizione consente il ricorso all'indagine "tecnologica" nelle ipotesi in cui è richiesta la partecipazione dell'indagato, della persona offesa, del difensore, o di consulenti tecnici o esperti oppure di altri, lasciati alla determinazione dell'interprete, in quanto l'elenco si chiude con un generico «altre persone».

Il catalogo è, dunque, ben nutrito.

L'elenco degli atti e attività è lasciato alla via esegetica, ma si prospetta altrettanto denso.

Esemplificando, sembrano attratti nell'alveo della previsione: gli accertamenti tecnici, gli incidenti probatori, gli interrogatori, anche di garanzia, oppure il contraddittorio anticipato sulla misura interdittiva da applicare all'ente in via cautelare, ex art. 47 co. 2 d.lgs. 8.6.2001 n. 231 (al quale partecipa necessariamente il legale rappresentante del soggetto metaindividuale).

Tuttavia, un limite ai contenuti dell'elenco potrebbe essere costituito dalle previsioni di cui al co. 12 *bis*; effettivamente, la necessità del previo consenso delle parti all'utilizzo delle formalità telematiche potrebbe essere esteso in via interpretativa, per identità di *ratio*, alle sequenze svolte nel corso delle indagini preliminari che "anticipano" le forme dibattimentali, come accade, ad esempio nei casi d'incidente probatorio ex art. 392 Cpp.

Il modello proposto non sembra, poi, percorribile ai fini dei cd. atti a sorpresa (perquisizioni e sequestri); in questo caso, però, in virtù del connotato che gli contraddistingue, vale a dire di svelarsi al soggetto sottoposto al procedimento senza avviso, per intuitive ragioni volte a non pregiudicare le finalità dell'attività investigativa, tesa alla ricerca e ablazione, in luoghi o su persone, del corpo del reato e delle cose ad esso pertinenti.

I soggetti invitati all'incombente, per potervi partecipare devono essere convocati a presentarsi presso «il più vicino» ufficio di polizia giudiziaria dotato della tecnologia idonea al collegamento.

Nei medesimi casi, i detenuti partecipano all'atto nelle forme di cui al co. 12, cioè in videoconferenza o da remoto, nel rispetto delle regole già analizzate sopra. Pare corretto dedurne che i detenuti compaiono all'atto con tali modalità tanto nel caso siano sottoposti all'attività da eseguire, quanto nelle varie ipotesi in cui la legge gli riconosca il diritto di partecipare ed assistere.

I difensori partecipano da remoto obbligatoriamente dai propri studi legali, salvo che intendano farlo dal luogo dove si trova il soggetto assistito.

Notiamo che, per come costruita, la disposizione inibisce al difensore la presenza fisica con l'elemento (da acquisire da parte del p.m.) o la fonte (nei casi i cui a procedere all'acquisizione nelle forme previste per il dibattimento sia il giudice) di prova.

Il difensore è obbligato a collegarsi dal proprio studio legale e non, invece, da altri luoghi, magari dotati di sistemi che assicurino la necessaria sicurezza e riservatezza. Pubblico ministero e giudice, invece, sembrano facoltizzati a collegarsi (analogamente alle ipotesi di cui al co. 12 *bis*) da ovunque ritengano più comodo o opportuno e, sfugge, perciò, la logica per cui al difensore non sia consentito determinarsi analogamente.

Non è semplice individuare un contenuto all'indicazione – prevista anche nel co. 12 *bis* – per cui il soggetto è convocato presso «il più vicino ufficio di polizia giudiziaria».

Mentre nell'ipotesi del co. 12 *bis* è ragionevole ritenere che il riferimento sia al luogo di restrizione domiciliare dell'arrestato o del fermato, la norma in esame, invece, induce riflessioni più articolate.

La varietà di persone, atti e attività che rientrano nell'alveo della disposizione rendono legittimo domandarsi: vicino a chi? o a cosa? alla residenza o al domicilio o al luogo di lavoro della persona che deve partecipare all'atto? all'ufficio giudiziario? all'ufficio del difensore?

Il fulcro della disposizione è il soggetto convocato a partecipare. Allora, sembra plausibile determinare la relazione con l'ufficio di polizia rispetto a tale caposaldo.

La norma, per la verità, presenta tratti di controversa intellegibilità rispetto alla condizione legittimante.

Se il soggetto (o i soggetti) convocato è portatore di criticità tali da compromettere la sanità degli uffici, così da dover procedere da remoto, ne consegue che, una volta attivata l'indagine, le medesime problematiche vengano “esportate” all'ufficio di polizia giudiziaria, che, a quel punto, si trova a fare i conti con il possibile veicolo di contagio.

L'alternativa di collocare le criticità rilevanti ai fini della norma nell'ufficio giudiziario al quale appartiene il magistrato che procede non è appagante. L'ufficio può non essere adeguatamente “attrezzato” per contenere i pericoli di diffusione del *virus* a causa, ad esempio, della presenza di più persone nei locali di pertinenza dell'autorità giudiziaria che deve eseguire l'atto.

L'opzione, però, sconta le perplessità evidenziate sopra, salvo il caso in cui il comando di polizia giudiziaria si dimostri più attrezzato dell'autorità giudiziaria con presidi dotati di capacità adeguata a evitare o contenere in limiti accettabili il suddetto pericolo.

Pare a chi scrive che il modello di celebrazione dell'atto del p.m. o del giudice nel corso delle indagini preliminari, provochi le medesime ricadute già evidenziate per quanto riguarda la celebrazione delle udienze con il collegamento tecnologico.<sup>28</sup>

4.4. Per il periodo dal 9 marzo 2020 al 31 luglio 2020 (termine introdotto dal d.l. 28/2020), il co. 12 *quinquies* prevede la facoltà di assumere in collegamento “da remoto” le deliberazioni collegiali in camera di consiglio relative ai procedimenti non sospesi.

Prima dell'intervento del d.l. 28/2020 la decisione di procedere “da remoto” alla deliberazione era stata affidata all'assoluta discrezionalità del giudice rispetto ad ogni evenienza che richiedesse tale adempimento; oggi, invece, il ricorso alla modalità telematica è stato inibito per le deliberazioni da assumere a seguito delle udienze di discussione finale svolte senza il ricorso al collegamento “da remoto”.

La disposizione, insomma, è coerente con i contenuti del co. 12 *bis*, già esaminato: se le parti hanno acconsentito a svolgere la discussione finale con le modalità telematiche, ne consegue la legittimazione del giudice collegiale ad assumere la decisione conclusiva “da remoto”.

In tale evenienza, però, gli interrogativi che pone una simile disposizione sono molteplici.

La norma tace tanto sulle modalità alle quali i componenti del collegio, nel corso della camera di consiglio “telematica”, possono ricorrere per prendere visione del fascicolo in cui sono custoditi gli atti del processo, quanto sul luogo in cui deve trovarsi il fascicolo stesso.

È stabilito che, all'esito della deliberazione, il Presidente o il giudice da lui delegato sottoscrive il dispositivo della sentenza o l'ordinanza e il provvedimento è depositato «in cancelleria prima possibile e in ogni caso immediatamente dopo la cessazione dell'emergenza sanitaria».

Per il deposito del provvedimento, la norma assegna al giudice termini indefiniti, in entrambi i casi dettati dagli sviluppi della situazione emergenziale. L'uno perché contingenze specifiche potrebbero consentire al giudice di recarsi in

---

<sup>28</sup> Sulle ragioni che impongono al legislatore di assicurare l'effettivo rispetto dell'art. 24 co. 2 Cost. per tutti gli atti delle indagini preliminari che possono costituire premessa della decisione del giudice, cfr., da ultimo, E. Marzaduri, *Inviolabilità della difesa e trasformazioni del processo*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu) 6 luglio 2019.

Cancelleria ed effettuare l'adempimento anche nel corso dell'emergenza; l'altro coincide con l'auspicato ripristino della "normalità".

Sembra di capire, poi, che la tutela del principio di immediatezza, che impone continuità al giudice, il quale deve manifestare il proprio giudizio pubblicando la sentenza mediante la lettura del dispositivo subito dopo la deliberazione in camera di consiglio, sia rimessa al collegamento "da remoto".

L'ipotesi, allora, rende necessario conciliare i contenuti del co. 12 *quinquies* con le regole contenute nell'art. 545 Cpp sulla pubblicazione della sentenza, che segna il momento in cui le parti apprendono il contenuto della decisione del giudice.

Nell'ipotesi di motivazione differita, la pubblicazione coincide con la lettura del dispositivo in udienza ad opera del Presidente o da un giudice del collegio, mentre, nell'ipotesi di redazione contestuale della motivazione, con la lettura integrale o riassuntiva della motivazione stessa.

Da qui l'art. 585 Cpp determina i termini d'impugnazione, diversificati sulla base del momento stabilito dalla legge o dal giudice per il deposito dei motivi della decisione; obblighi sui quali, però, la norma in commento pare andare ad impattare, prevedendone la deroga.

Lo schema del codice, infatti, pare alterato dal ricorso al collegamento "da remoto" che impedisce all'ausiliario del giudice di ricevere materialmente l'originale dei motivi redatti dall'organo di giudizio. Perciò la parte non può neppure ottenere la copia della pronuncia, perché l'atto non è nella disponibilità della cancelleria fino al deposito dell'originale da parte del giudice nei termini concessi dalla norma in esame.

Potrebbe essere corretto, allora, estendere l'obbligo *ex art. 548 co. 2 Cpp* a tale ipotesi al fine di salvaguardare i diritti informativi e d'impugnazione delle parti.

Infine, il silenzio della norma è assordante rispetto agli adempimenti necessari per garantire la necessaria segretezza della camera di consiglio, *ex art. 125 co. 4 Cpp*.

Duplici, è noto, la *ratio* della previsione: da un lato, salvaguardare la serenità dei singoli magistrati nell'assumere la decisione, garantendogli la possibilità di esprimere in libertà la propria opinione senza timori di conseguenze sfavorevoli che potrebbero derivare dalla pubblica conoscenza delle stesse; dall'altro lato, proteggere l'indipendenza dell'organo di giudizio preservandolo da influenze esterne dovute alla presenza di ulteriori soggetti nella camera di consiglio, estranei alla funzione deliberativa.

È necessario interrogarsi, allora, sulle reali capacità della modalità da remoto di assicurare gli aspetti fondamentali della deliberazione della decisione.

Il collegamento *web* deve garantire una discussione effettiva tra i membri del collegio, favorire l'individuazione delle varie soluzioni e l'adeguata riflessione sulla scelta dell'epilogo da imprimere alla vicenda all'esame, oltre al rispetto dei necessari vincoli di riservatezza.

Il pericolo che le dinamiche di un momento così fondamentale del processo siano alterate a tal punto da snaturarne cadenze e contenuti e, così, determinare pesanti ricadute sul "prodotto finale", è effettivo. E si disvela in tutta la sua concretezza una volta notato che ognuno di tali aspetti è rimesso alle prismatiche dinamiche della prassi.

4.5. La sensazione che si ricava dalla lettura della normativa in commento è quella che l'esecutivo si muova in ottica progettuale e sperimenti soluzioni destinate a consolidarsi.<sup>29</sup>

Ci riferiamo in particolare alle disposizioni introdotte dall'esecutivo nella fase della conversione in legge del decreto, che, analogamente al previgente co. 12, prevedono, in buona sostanza, l'utilizzo del sistema di collegamento da remoto per celebrare le udienze, assumere le decisioni, assicurare i diritti partecipativi delle parti e per effettuare attività istruttoria tanto dibattimentale, quanto nella fase delle indagini preliminari, attraverso un mezzo nato per facilitare le occasioni d'incontro nella vita privata e lavorativa.

Spicca nella trama del provvedimento, l'omissione di una disciplina specifica di regolamentazione delle implicazioni che discendono dall'uso di tale strumento allo scopo di celebrare le formalità del codice di rito, oltretutto, gestito attraverso piattaforme di proprietà di società private e con sistemi che non forniscono alcuna assicurazione sul rispetto dei necessari requisiti di riservatezza e protezione dei dati personali dei soggetti processuali.

Il *leitmotiv* è il medesimo che riecheggia da alcuni anni: la contrapposizione culturale e dogmatica sul ruolo del processo, declinato dal complesso normativo in esame nel contrasto tra forma e sostanza

È vero che con il d.l. 28/2020 alcune delle previsioni di maggiore criticità sono state "ridimensionate" e ricondotte all'accordo tra le parti, che, a quel punto, sono consapevoli degli effetti della scelta seguita.

Tuttavia, non è possibile sottacere che le disposizioni del "Cura Italia" si muovono in un'ottica in cui il processo è inteso come una sorta di cerimonia dalle forme mutevoli e malleabili, da svolgere in tempi celeri, diretto all'inesorabile

---

<sup>29</sup> Cfr. O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), per cui il governo avrebbe inaugurato la sperimentazione del «processo a distanza, una pericolosa evoluzione della già deprecabile partecipazione al dibattimento a distanza riservata agli imputati detenuti dall'art. 146 bis NAtt. cpp».

risultato della punizione, in cui, alla fine, il codice di rito è ridotto al ruolo di mera traccia.

Il criterio di stretta legalità, concepito in chiave di garanzia dell'individuo, è abbandonato in favore di altre logiche.

L'entusiasmo legislativo per gli strumenti telematici che permettono alle parti e al giudice di entrare in contatto "da remoto" per svolgere le attività processuali, non deve, invece, fare perdere di vista la necessità che l'utilizzo di tale forma di collegamento sia regolata nel rispetto dei diritti fondamentali dell'accusato.

Nel momento in cui, infatti, il rito è celebrato attraverso piattaforme private, *app* o *software* di collegamento e condivisione, smaterializzando le parti dal luogo elettivo dell'atto, il modello processuale "tradizionale" entra in crisi, perché non è stato concepito per gestire le situazioni generate dall'impiego dello strumento tecnologico, per l'uso del quale, intanto, il legislatore avrebbe dovuto emanare una normativa di dettaglio.

Detto altrimenti, non sono le disposizioni codicistiche che, nei percorsi eterogenei della pratica giornaliera, devono piegarsi alle variazioni imposte dal processo "da remoto", ma è quest'ultimo che, semmai, deve essere coperto da una compiuta regolamentazione espressa dalla legge che bilanci le diverse esigenze e implicazioni che coinvolgono l'esercizio dei diritti e poteri delle parti e i compiti del giudice.<sup>30</sup>

Lo "strumento", insomma, perde il carattere di mero collegamento audiovisivo dei soggetti che partecipano all'atto processuale, per diventare il veicolo unico dell'esercizio dei diritti delle parti e, di conseguenza, assume il compito di vero e proprio presidio al quale è affidata l'attuazione del sistema di tutele e garanzie del processo penale.

---

<sup>30</sup> Cfr. B. Galgani, *op. cit.*, 248, la quale, in epoca di poco anteriore all'esplosione dell'emergenza Covid-19, affermava lucidamente che il percorso per «la digitalizzazione della giustizia penale ha attraversato e, tuttora, deve attraversare "passaggi" molto tortuosi tanto dal punto di vista tecnico-gestionale quanto dal punto di vista regolamentare, cui vanno inevitabilmente a sommarsi le difficoltà derivanti da uno sforzo di adattamento – anche e soprattutto culturale – richiesto a tutti gli operatori del settore, siano essi protagonisti o coadiutori delle singole vicende giudiziarie. L'ambizione di governare al meglio un siffatto percorso fa leva, tuttavia, su un quadro normativo di riferimento che, difettando *ab origine* di una visione unitaria, si presenta quanto mai frammentario e disomogeneo, e consta di prescrizioni che, nella migliore delle ipotesi, risultano "prese a prestito" da una disciplina pensata per giurisdizioni telematiche altre» aggiungendo che «un tale "sistema" di fonti annovera al suo interno pochissime disposizioni di rango legislativo a fronte, invece, di un vero e proprio *mare magnum* di atti normativi collocati a vari livelli dell'ordinamento e variamente denominati (*id est*: decreto, regolamento governativo o ministeriale, provvedimento, circolare) le cui dinamiche relazionali sono tutte da scoprire se non, addirittura, da inventare... è facile immaginare i rischi di violazione o, quantomeno, di "adulterazione" che possano derivarne per quel principio di legalità che, invece, dovrebbe essere formante irrinunciabile (anche) del giusto processo telematico».

Partecipare al processo è sinonimo di autodifesa, diritto declinato dall'art. 24 Cost., che si concreta nelle facoltà riconosciute all'accusato di, per esemplificare, partecipare agli atti del processo, conoscere le opinioni delle altre parti, interloquire personalmente e indicare elementi di fatto e di diritto atti a sostenere le proprie argomentazioni e ragioni.<sup>31</sup>

Del resto, l'obbligo di presenza del difensore nel processo penale assicura la regolarità del processo e la possibilità di garantirne i tratti fondamentali del diritto di difesa e del contraddittorio, ma non incide in alcun modo sulla partecipazione dell'interessato.<sup>32</sup>

Perciò il campo dell'autodifesa non è, per così dire, intaccato dalla presenza del difensore tecnico e deve essere altrettanto garantito e favorito.

Lasciare scoperta l'area della regolamentazione dei modi con cui assicurare all'accusato e al difensore l'esercizio davanti al giudice delle facoltà assegnate dalla legge nelle ipotesi previste dagli emendamenti, non è omissione di scarso rilievo, ed ingenera frizioni con le esigenze di tutela delle libertà costituzionali (artt. 24 e 111 Cost., ma non solo) e dei valori fondamentali protetti a livello internazionale (in particolare, l'art. 6 Cedu).

Rispetto alle modalità di utilizzo della tecnologia per svolgere le attività d'udienza, ai soggetti processuali devono essere offerte soluzioni normative valide *erga omnes* per evitare accorgimenti differenziati mossi dalle sensibilità dei singoli.

Banalmente, nelle proposte governative manca la regolamentazione dei casi di malfunzionamento della linea o d'indisponibilità degli strumenti o la regolamentazione dei modi con i quali si dovrebbe produrre/acquisire un documento.

Quale dovrebbe essere la soluzione nel caso non si riesca a realizzare il collegamento "da remoto"?

Cosa accade se nel corso dell'udienza o dell'attività da svolgere, non si riesca a mantenere il contatto o una o più delle parti non riesca ad intervenire causa malfunzionamenti o perché non dotata di mezzi *hardware* o *software* adeguati o perché la piattaforma non supporta la visibilità di più di un determinato numero di soggetti in contemporanea?

Le risposte sono affidate alla pratica, invece di trovare compiuta determinazione nelle norme.

---

<sup>31</sup> Cfr. G. Tranchina, G. Di Chiara, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, a cura di G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusano, Milano 2013, 162.

<sup>32</sup> Cfr. C. cost. 27.6.1979 n. 125 e C. Cost. 10.12.1980 n. 188.

I diritti difensivi subiscono una illegittima rimodulazione, perché devono adattarsi alle nuove forme dettate dalla prassi o dal dirigente amministrativo del Ministero.

Sia chiaro, non intendiamo sostenere che gli strumenti offerti dallo sviluppo tecnologico devono essere banditi dal processo penale e neppure negare le oggettive difficoltà di gestione dell'emergenza.

L'utilizzo di strumenti informatici è diventata una parte fondamentale della vita delle persone ed è naturale che la tecnologia faccia il suo ingresso anche nelle aule penali, ai fini delle attività processuali.

Tuttavia, il legislatore non può certamente limitarsi a disporre che le formalità previste dal codice di rito possano essere trasposte *sic et simpliciter* nel mondo immateriale o ignorarne del tutto la regolamentazione, demandando alla pratica le soluzioni delle varie evenienze destinate ad insorgere nei casi concreti.

Lo impone il principio di legalità e, prima ancora, la funzione del processo penale, vale a dire il luogo demandato alla tutela dell'accusato rispetto alla legittima pretesa punitiva dello Stato, nel contraddittorio delle parti.

Le forme del processo, cioè, sono un freno all'arbitrio e il legislatore è obbligato a muoversi di conseguenza e per la tutela di tali precetti.

È inutile dire quanto tali rilievi possano essere estesi alle forme degli atti ed attività delle indagini preliminari.

Del resto, le esigenze appena evidenziate non devono essere sfuggite neppure al legislatore, tanto è vero che, fin dalla prima fase di contrasto all'emergenza, ha previsto l'utilizzo dei protocolli o «linee guida vincolanti» da adottarsi da parte dei capi degli uffici giudiziari ai quali accennavamo sopra, al fine di regolare le attività di udienza.

Senonché, il rimedio potrebbe essere stato peggiore del male, perché, lo abbiamo già notato in precedenza, suscettibile di entrare in contrasto con il principio di legalità *ex art. 111, co. 1, Cost.*

Identica conseguenza deriva dai contenuti dei commi da 12 a 12 *quinquies*, i quali, nelle varie forme in cui ne è stata prevista l'attivazione – concordata o su impulso esclusivo del magistrato – delegano, in violazione della legalità processuale *ex art. 111, co. 1 Cost.*<sup>33</sup>, la concreta regolamentazione degli aspetti partecipativi delle parti al magistrato e a provvedimenti emessi dai dirigenti del settore pubblico.

Diritti, è noto, implicati dal precetto di cui all'art. 24 *Cost.*<sup>34</sup>, con il quale, perciò, il complesso di regole stabilito dagli emendamenti entra in palese frizione.

---

<sup>33</sup> Le disposizioni sono dettate come se formassero una cornice di principi, come se il Governo, insomma, avesse emanato una "specie" di legge delega da attuarsi in sede di udienza sulla base delle scelte e delle esigenze contingenti di ogni singolo giudizio.

<sup>34</sup> Il legislatore italiano ha accolto da sempre una visione "dualistica" del diritto di difesa, combinando

Una simile compressione determina inevitabilmente l'arretramento della funzione cognitiva del processo.

Difatti, una volta inserita all'interno del metodo del contraddittorio e, più in generale, dei principi ex art. 111 Cost., e, quindi, svincolata dal rispetto del solo precetto ex art. 24 Cost., la "difesa" costituisce un valore che salvaguarda la correttezza dell'accertamento processuale.

L'ostacolo frapposto alla partecipazione dell'accusato e del suo difensore, solo parzialmente ridimensionato alla luce dei contenuti del d.l. 28/2020, altera, invece, i consueti canali percettivi e fa perdere o comunque diminuisce il patrimonio di *input* cognitivi che la presenza "fisica" permette, così, di percepire.

Analoghe ricadute si determinano nei casi di esame di periti e consulenti tecnici.

L'immediatezza, cioè il contatto con il giudice, è funzionale alla tutela dell'effettività del diritto di difesa e del contraddittorio.

La presenza fisica, allora, è garanzia di correttezza dell'accertamento giurisdizionale.

Le soluzioni normative proposte allontanano drasticamente i protagonisti del processo penale dalle aule di giustizia nelle ipotesi in cui (arresto, fermo e giudizio direttissimo) invece il contatto diretto con il giudice è la necessità prioritaria, tanto da imporre tempi rapidi di celebrazione del giudizio di convalida.

E', in effetti, difficile esimersi dal criticare un sistema che proprio nel momento in cui fondamentali istanze di tutela dei diritti di libertà e delle garanzie riservate all'individuo, impongono che la polizia giudiziaria che ha eseguito la misura pre-cautelare consegna celermente il soggetto al "suo" giudice, l'accusato può essere costretto a difendersi proprio da un comando delle Forze dell'ordine, cioè a stretto, inopportuno, contatto con coloro che ne hanno appena limitato la libertà.

È altrettanto difficoltoso, poi, non notare come le esigenze di contrasto alla diffusione della malattia siano regolate dal legislatore in modo differenziato rispetto alla posizione processuale rivestita.

A ben vedere, infatti, gli unici soggetti che sembrano godere di una protezione totale sono i magistrati, che si collegano "da remoto" da luoghi che non condividono con altri, mentre alle parti e agli altri soggetti processuali, ausiliari e polizia giudiziaria compresi, è destinata una protezione di livello, diciamo così, "inferiore".

---

armonicamente la difesa materiale e la difesa tecnica, la prima praticata dall'imputato attraverso il contributo diretto che può dare al "suo" processo (la c.d. autodifesa), la seconda dal difensore, soggetto munito delle specifiche conoscenze e capacità professionali, che garantiscono il corretto svolgimento del processo stesso, v. D. Curtotti Nappi, voce *Difesa penale*, in *DigDPen*, I, 3° agg., Torino 2005, 378 ss., in particolare le note 36 e 37.

Nelle varie ipotesi, infatti, gli ausiliari sono chiamati a svolgere il proprio ruolo dall'ufficio giudiziario di appartenenza, mentre gli altri soggetti condividono o possono condividere, a seconda delle evenienze, il medesimo spazio vitale, sia questo l'ufficio del difensore, il luogo di custodia dell'accusato o un ufficio di polizia giudiziaria attrezzato per il collegamento da remoto.

Le modalità e la tenuta del sistema di tutela delle esigenze *ex art. 32 Cost.* sembrano, così, influenzate dal ruolo o qualifica rivestita nel procedimento.

Se è vero, infine, che il d.l. 28/2020 ha escluso - peraltro attraverso il meccanismo del mancato consenso, sulla cui teutonica tenuta, nel corso della pratica giornaliera, è lecito nutrire alcune riserve - le attività istruttorie e la discussione finale dal processo "da remoto", così da permettere al diritto di difesa e al contraddittorio di recuperare posizioni, ciò non significa che le ulteriori previsioni della "smaterializzazione" delle attività penali non perseverino nel rappresentare un grave *vulnus* ai caratteri del processo accusatorio.

5. Giunti a questo punto è necessario interrogarsi su un ultimo aspetto e formulare qualche proposta, prima di passare alle conclusioni.

Non c'è dubbio che la fase emergenziale abbia comportato la necessità di adottare celeri soluzioni per garantire le esigenze di salute del settore giustizia e la prosecuzione delle attività giurisdizionali, in particolare modo per le vicende che coinvolgono in maniera più stringente i diritti di libertà, come nel caso dei soggetti in restrizione.

Sono, così, sorti, tra l'altro, i protocolli ai quali accennavamo prima.

Il nodo da sciogliere è, però, se l'emergenza sanitaria possa effettivamente legittimare lo stravolgimento dei precetti costituzionali rilevanti nel campo processuale, provocato da alcune delle soluzioni adottate dal legislatore, vigenti o in divenire, che abbiamo evidenziato in precedenza, e che catapultano l'interessato all'interno di una cerimonia dai connotati che la posizionano a considerevole distanza dal modello processuale rispettoso dei diritti costituzionali dell'individuo.

Allora, ferma restando la necessità di contrastare la diffusione del virus è doveroso chiedersi se le esigenze legate all'emergenza Covid-19 non possano essere assolte adottando alcuni accorgimenti che non comportino i sacrifici evidenziati nelle pagine che precedono.

Esemplificativamente, una adeguata opera di sanificazione, la pulizia ripetuta dei locali, l'utilizzo di mascherine, mantenere la "distanza sociale" tra le parti in udienza, adottare fasce orarie più ampie in modo da graduare l'accesso delle parti ai locali giudiziari, ridurre il carico dei ruoli e l'afflusso del pubblico<sup>35</sup>, l'utilizzo della

---

<sup>35</sup> Peraltro, chiunque possieda un minimo di esperienza sul funzionamento degli uffici giudiziari è

La legislazione penale  
ISSN: 2421-552X

PEC anche per le parti private per la comunicazione e il deposito di atti e documenti, sembrano presidi utili allo scopo e realizzabili.<sup>36</sup>

Del resto, sono accorgimenti analoghi a quelli che, nel corso del *lockdown*, sono stati adottati al fine di attendere in sicurezza le necessità quotidiane.

Ciò a maggiore ragione nel momento attuale in cui il Governo ha deciso di passare alla cd. Fase 2 dell'emergenza, che comporta la ripresa di numerose attività, previa adozione delle cautele appena citate, perché il pericolo causato dall'esistenza del virus si assottiglia sempre di più.

Viene da chiedersi, allora, se con l'intervento dovuto al d.l. 28/2020 l'esecutivo abbia inteso fermarsi a riflettere e valutare se detti presidi siano applicabili anche al sistema giustizia, oltre ad avere preso atto delle capacità delle modalità "da remoto" di causare i guasti evidenziati, oppure se si sia trattato di una pausa momentanea volta a calmare gli animi, per poi riprendere la strada originaria e procedere spedito nella sperimentazione avviata sul processo penale.

6. Nell'accingerci a tirare le somme il pensiero scivola via e corre veloce alle pagine de *Il processo*, opera letteraria nata dalla penna di Franz Kafka, che, nel corso degli anni, ha assunto il significato icastico dei mali che scaturiscono da un processo penale dimentico dei diritti e delle garanzie fondamentali da attribuire al soggetto sottoposto a giudizio.

In particolare, rammentiamo il passo in cui il sig. K è messo a parte del funzionamento del Tribunale dal suo avvocato, il quale gli spiega che in certe occasioni i difensori vengano spogliati del processo che, perciò, entra «in uno stato in cui non è più possibile portare nessun aiuto, passa sotto la competenza di corti inaccessibili, ove l'imputato non è più raggiungibile neppure dall'avvocato»<sup>37</sup>.

Lo scenario processuale disegnato dal legislatore dell'emergenza ricorda da vicino il processo kafkiano.

Ricorda la vicenda del sig. K. il confinamento delle parti private oltre la "sbarra", via dallo scranno del giudice e dal banco del pubblico ministero, fuori dall'aula, luogo ormai inaccessibile dal quale, come il sig. K., le parti e rispettivi difensori sono state allontanate, destinate a vivere il rito non nel contesto concreto in cui l'immediatezza è la garanzia del corretto accertamento giurisdizionale e le forme incontrano sinergicamente i soggetti che, nel processo, ne invocano l'applicazione e

---

perfettamente a conoscenza che il pubblico "non coinvolto" nel singolo processo nelle aule è sostanzialmente inesistente, perché i processi, solitamente, si svolgono in locali deserti o, al massimo, alla presenza delle parti, dei loro difensori e dei testimoni o di altri soggetti in attesa della chiamata dei rispettivi processi.

<sup>36</sup> A questo proposito si vedano le molteplici proposte formulate dall'UCPI direttamente al Ministro della Giustizia con documento del 15 aprile 2020.

<sup>37</sup> V. F. Kafka, *Il processo*, Roma 2013, 115.

ne chiedono il rispetto, ma in luoghi “altri”, ai quali solo le, sforzate, definizioni legislative fanno assumere la dignità di “aula”.

L’“aula” è il luogo, qualsiasi, in cui il giudice celebra il rito alla presenza effettiva, fisica, delle parti, non la realtà immateriale, surrogato della prima, realizzata nel web attraverso lo schermo di un PC.

Il diaframma tecnologico, strumento non regolato dalla legge ma abbandonato alla disciplina della prassi, si presta all'abuso perché diventa un ostacolo alla partecipazione delle parti, impedisce di presentarsi davanti al loro giudice e che vedono affidate le loro garanzie fondamentali alla laconica previsione che l'autorità (o gli ausiliari del giudice) devono accertarsi che i “collegamenti” riescano ad assicurare il rispetto del diritto di difesa e l'effettiva partecipazione delle parti.

Insomma, una dichiarazione di principio, formulata icasticamente, buona per ogni occasione.

Troppo poco, insomma, per costituire il veicolo con cui tradurre in concreto tali esigenze.

Ancora, ricorda l'opera di Kafka per l'assurda idea che vorrebbe mettere il difensore nella posizione di scegliere se sedere presso un comando di polizia, in carcere, o, nel proprio ufficio, così, di fatto, impedendo il necessario proficuo contatto con il giudice o l'assistito, offrendogli la terribile alternativa di scegliere quale “immediatezza” privilegiare.

Nel primo caso, infatti, il difensore è consapevole dei vantaggi dati dal contatto senza barriere con il giudice, ma anche del fatto che tale scelta è capace di minare quel necessario dialogo, svolto durante l'udienza tra assistito e patrono, spesso utile ad affrontare con la dovuta prontezza e, guarda il caso, immediatezza, una questione sorta nel corso della dialettica processuale, senza dovere ricorrere a, più o meno improvvisati, mezzi di comunicazione, gestiti da terzi, che non solo non confortano sul rispetto della necessaria riservatezza da garantire al colloquio, ma che scontano vari disagi dati dalle caratteristiche del sistema al quale ci si affida, non ultimi malfunzionamenti tali da causare la perdita di ogni chance volta a evidenziare le ragioni della difesa.

Come la pratica insegna, i tempi del processo si muovono rapidi e, se non affrontati subito, certi guasti sono destinati a rimanere scolpiti nelle carte processuali.

Si aggiunga a quanto precede che i contenuti della normativa in esame mostrano una parata in cui gli organi costituzionali abdicano al ruolo impostogli dalla carta fondamentale, che viene delegato, in palese violazione del principio di legalità processuale ex art. 111 co. 1 Cost., alla prassi, ai capi degli uffici giudiziari e a

un dirigente del settore amministrativo, al quale, certamente, non spetta emanare le disposizioni volti a disciplinare le dinamiche del processo penale.<sup>38</sup>

Le disposizioni del “Cura Italia” dirette al settore della giustizia penale restituiscono una fotografia del rito processuale non più regolato dall'unica legge statale, ma a “macchia di leopardo”, vale a dire, a tacere d'altro, un'immagine in antitesi al principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.

È innegabile che lo sviluppo tecnologico possa costituire un ausilio per disegnare gli scenari futuri del processo penale, oltre che agevolare le modalità di accesso alle cancellerie.

Tuttavia, è serio il pericolo che, nell'ottica del risparmio dei costi e con l'obiettivo di assicurare tempi celeri di celebrazione, le esigenze del giusto processo cedano il passo all'efficientismo.

La normativa in esame rappresenta la concreta dimostrazione di quanto tali scopi rischino di tradursi in realtà.

Oltretutto, il Governo ha incassato la conversione in legge grazie all'apposizione della fiducia, mossa alla quale anche nel recente passato, si è fatto ricorso su temi caldi del dibattito parlamentare e con cui si è inteso “troncare” ogni dialogo, anche all'interno della medesima maggioranza, sui temi sollevati dai contenuti dei provvedimenti interessati dalla discussione.

La situazione è tale da mostrare, ancora una volta, quanto la dialettica parlamentare sia letta dalle forze in campo in termini di vero e proprio “scontro” e non, invece, di “conflitto”, vale a dire legittima contrapposizione e confronto delle idee, connotato fisiologico votato a favorire intese e a raggiungere compromessi sul piano politico, in modo da garantire la partecipazione di tutti i componenti dell'organo rappresentativo della volontà popolare alla produzione normativa, all'interno dell'organo demandato a risolvere e temperare le varie e diverse istanze che provengono dalla società.<sup>39</sup>

Del resto, la debolezza e l'incostanza sono caratteri consueti dell'azione politica attuale, analogamente alla scarsa adesione alle osservazioni critiche rivolte dai tecnici del diritto alle soluzioni legislative adottate o in via di adozione.

Il disinteresse verso tale confronto e dei contenuti che ne scaturiscono, se dovuto a scarsa fiducia o convenienza elettorale poco importa perché i guasti si

---

<sup>38</sup> Nel corso della prima fase è stato massiccio il ricorso ai provvedimenti dei capi degli uffici giudiziari e alla “prasseologia”, cioè alle intese tra avvocatura e magistratura, che, tuttavia, in tale ambito si muovono secondo le esigenze contingenti del luogo in cui esercitano i rispettivi compiti e seguendo canoni di valutazione animati da moti personali, tra i quali i diversi modi d'intendere la funzione del luogo penale.

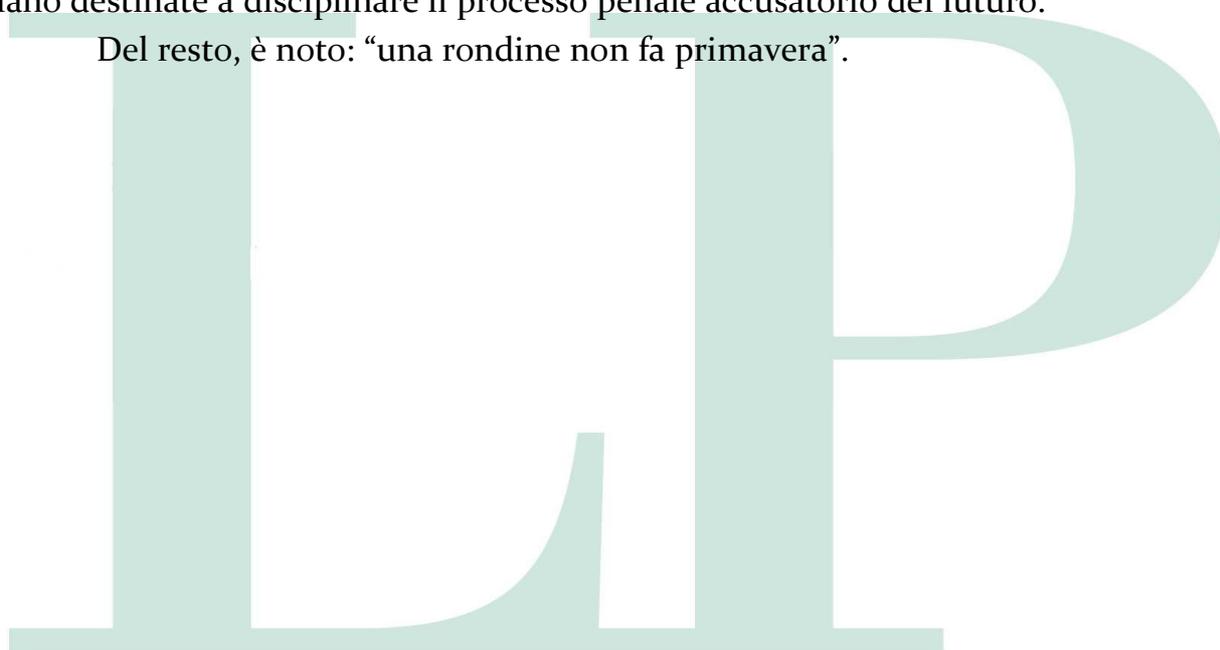
<sup>39</sup> Cfr. L. Violante, *La crisi del giudice “bocca della legge” l'emergere di nuove concezioni del ruolo giudiziario*, in *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, a cura di C. Guarnieri G. Insolera L. Zilletti, Roma 2016, 23 ss.

creano in entrambi i casi, si riflette, tuttavia, sulla qualità del prodotto normativo foriero di ricadute negative sull'assetto dell'ordinamento, compromettendo la tenuta dei principi fondamentali.<sup>40</sup>

Non resta che attendere, allora, l'auspicato epilogo della fase emergenziale per verificare quanto dei contenuti dell'art. 83 è destinato a lasciare un'impronta nei prossimi interventi legislativi relativi al settore della giustizia penale.

Effettivamente, le previsioni del d.l. 28/2020 che hanno riportato alcuni aspetti della normativa emergenziale nei binari del "giusto processo": se, da un lato, sembrano mostrare una presa di coscienza del legislatore rispetto alle criticità sollevate dal processo "da remoto", dall'altro lato, una volta esaminate alla luce delle previsioni che autorizzano tuttora l'utilizzo delle piattaforme *web*, non sono sufficienti ad escludere che le modalità telematiche atte a smaterializzare le parti non siano destinate a disciplinare il processo penale accusatorio del futuro.

Del resto, è noto: "una rondine non fa primavera".



---

<sup>40</sup> Analogamente, le difficoltà in cui si dibattono gli organi rappresentativi a gestire i propri compiti causano disequilibri tra poteri dello Stato, soprattutto nel momento in cui non provvedono a regolare i rapporti tra ordinamento politico e giurisdizione, titolare, il primo, della funzione d'individuare le fattispecie (i comportamenti vietati o imposti) giuridicamente rilevanti, delle quali la seconda ha la funzione di verificare l'applicazione rimanendo all'interno dei confini tracciati dal primo. Lasciare mano libera all'interprete attraverso precetti oscuri, scarsamente determinati, privi dei connotati di tipicità significa assegnargli la funzione di delimitazione dei comportamenti, abdicando al compito di produzione normativa, in palese violazione del principio di legalità.