

L'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA ALLA PROVA DELLA PANDEMIA: BREVI RIFLESSIONI SUL (DIFFICILE) RAPPORTO TRA MISURE A TUTELA DELLA SALUTE E PROCESSO PENALE

di Carlo Di Bugno
(*Avvocato presso il Foro di Pisa*)

SOMMARIO. 1. Il profilo “aziendale” della giustizia. - 2. Le misure a tutela della salute nella fase uno (9 marzo – 11 maggio 2020). - 3. (Segue). Nascita ed emersione del c.d. “processo a distanza”: la l. 24 aprile 2020 n. 27. - 4. La fase due (12 maggio – 31 luglio 2020): la parziale esclusione del processo a distanza dal novero delle misure prevenzionistiche. L'organizzazione dei luoghi di lavoro e i principi processuali.

1. L'incidenza del covid 19 sull'amministrazione della giustizia è legata alle modalità con le quali il virus si trasmette: pur nelle scontate incertezze scientifiche che ancora si registrano, fin dal primo manifestarsi dei contagi si era giunti alla conclusione (ad oggi incontrovertibile) che l'assorbimento delle goccioline di saliva prodotte dal respiro (*droplets*) era (ed è) il principale mezzo di diffusione del patogeno, per cui la vicinanza tra le persone finiva per assumere i connotati di una situazione di pericolo. A fronte di un simile fenomeno, era scontato che gli uffici giudiziari si candidassero fin da subito ad essere uno dei luoghi più a rischio a fronte dell'emergenza sanitaria proclamata il 30 gennaio.

La delicatezza della questione non poteva certo passare inosservata alla magistratura, la quale si è dimostrata consapevole che ad entrare in gioco era uno dei profili meno cangianti della amministrazione della giustizia, quello aziendale. Una volta che a seguito del d. lgs. 19 settembre 1994 n. 626 gli uffici giudiziari sono entrati a far parte dei luoghi di lavoro tenuti al rispetto della normativa antinfortunistica, era prevedibile che la presenza di una minaccia di tale portata risvegliasse la rete dei soggetti portatori di una posizione di garanzia ricollegabile al dovere di predisporre misure atte ad impedire che in quei luoghi si contraesse il virus; un impegno che mostra tutta la sua problematicità applicativa laddove si consideri che la cerchia delle persone meritevoli di tutela non si limita ai dipendenti del Ministero, estendendosi ai frequentatori esterni che devono o possono accedere alle sedi giudiziarie: parti,

difensori, privati interessati ad assistere alle udienze pubbliche o al disbrigo di pratiche amministrative.

Chiari indizi che la questione andava affrontata secondo modalità aziendaliste si ritrovano nella delibera del Csm del 5 marzo 2020, emanata subito dopo il d.l. 2 marzo 2020 n. 9.

Un volta rilevato che l'intervento dettava una compiuta disciplina solo per gli uffici giudiziari all'interno delle zone rosse, mentre per il resto del territorio nazionale «l'attività giudiziaria, pur con l'adozione delle precauzioni imposte, deve proseguire», l'organo di governo della magistratura si preoccupava di sensibilizzare le figure che ricoprono ruoli di responsabilità sul versante prevenzionistico.

I magistrati dirigenti degli uffici, nella loro veste di datori di lavoro, erano destinatari di linee guida che imponevano di tenere sotto controllo il rischio epidemiologico e, nel caso in cui il dato empirico lo giustificasse, di interessare l'autorità sanitaria competente al fine di ottenere indicazioni sulle misure idonee a contenere il contagio; ma la delibera, in piena conformità alla peculiare connotazione del profilo di responsabilità in capo ai dirigenti, data dall'assenza di un'autonomia di spesa, non poteva certo imporre che tali misure fossero effettivamente applicate. In mancanza di risorse, la precauzione da prendere per rispettare i doveri derivanti dalla posizione di garanzia si traduceva nel suggerire uno sfoltimento del carico di udienza, consentendo il rinvio d'ufficio per ragioni collegate al pericolo di diffusione del virus.

Al Ministro della Giustizia, quale vertice dell' "azienda" dotato invece del potere di spesa, il Csm si limitava ad offrire consigli in ordine alle cautele adottabili, suscettibili peraltro di essere letti come presupposti indispensabili per adempiere correttamente al proprio ruolo, a fronte di una situazione emergenziale così esplosiva; da un lato, con la richiesta di estendere il regime previsto per le zone rosse, si prospettava di chiudere l'attività giudiziaria nelle sedi territoriali, fuorché per alcune tipologie di procedimenti tassativamente identificati; dall'altro lato, con l'invito a «valutare la modifica delle norme processuali necessarie a garantire la piena utilizzazione in tutti i procedimenti delle modalità di svolgimento delle attività giurisdizionali svolte da remoto»¹, si evidenziava una misura precauzionale alternativa a quelle attività destinate a svolgersi in sede che coinvolgono anche persone esterne alla cerchia dei dipendenti ministeriali, rispetto ai quali lo *smart working* era già stato adottato per i compiti, a loro assegnati, diversi dalla partecipazione alle udienze.

Ancora prima che fosse emanata una normativa di urgenza di generale applicazione, i nodi della problematica prevenzionistica erano già sul tavolo: la

¹ Come osserva E. Amodio, *Smettiamo di storpiare l'italiano con il lugubre "da remoto"*, in www.sistemapenale.it, 28.7.2020, la locuzione "da remoto" altro non è che la discutibile importazione nell'italiano del termine "remote", che nella lingua inglese descrive una situazione di distanza.

consapevolezza di un sistema giustizia impreparato ad affrontare l'emergenza, perché privo delle risorse indispensabili per assicurare la tutela della salute individuale, faceva da sfondo alla delicatissima situazione in cui erano destinati a trovarsi i capi degli uffici/datori di lavoro per i giorni a venire, una situazione che, invece, si sarebbe parzialmente semplificata laddove ci si fosse mossi nella direzione di svolgere l'attività giudiziaria posizionandosi fisicamente fuori dal luogo di lavoro.

2. Alla domanda del Csm di un compiuto decalogo di indicazioni sul piano prevenzionistico, il governo offre una risposta che si caratterizza per una certa lungimiranza, nel senso che pretende fin da subito di disciplinare la fase di maggiore rischio epidemiologico e anche una fase successiva, che si ritiene connotata da un abbassamento del livello di guardia.

Per la prima fase, il cui termine finale è stato via via dilatato fino all'11 maggio 2020 con decorrenza dal 9 marzo 2020, il Ministro, tramite il governo, adotta, con il d.l. 9 marzo 2020 n. 11, poi inglobato, a parte alcune eccezioni, nel d.l. 17 marzo 2020 n. 18, la misura antinfortunistica più drastica, quella della sospensione generalizzata dell'attività giurisdizionale, ad eccezione dei procedimenti che vedono indagati o imputati sottoposti a restrizione della libertà personale e, peraltro, a riprova di quanto il rischio di contagio fosse ritenuto elevato, solo per alcuni di tali procedimenti è prevista una trattazione necessaria.

Sebbene il perimetro operativo fosse stato drasticamente ridotto, il legislatore non manca di richiamare l'attenzione dei dirigenti degli uffici, ai quali attribuisce specifici poteri tesi ad arginare il pericolo di una trasmissione del virus (cfr. l'art. 83 co. 6 e 7 d.l. *cit.*); in questo senso deve intendersi la possibilità di limitare l'accesso del pubblico alla sede giudiziaria, la facoltà di adottare linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze e il potere di disporre la loro celebrazione a porte chiuse, ai sensi dell'art. 472 Cpp.

A questa serie di interventi finalizzati a diminuire la presenza di persone sul luogo di lavoro, il d.l. n. 18/2020 affianca una misura che consente di celebrare i pochi processi residui con un'ulteriore riduzione del rischio; l'operazione, come si ricava dal co. 12 dell'art. 83, consiste nell'aggiungere ai presupposti che possono giustificare il ricorso all'art. 146 *bis* disp. att. Cpp quello dell'emergenza sanitaria, così da consentire una partecipazione all'udienza da remoto dei detenuti, prevedibilmente l'assoluta maggioranza degli imputati/indagati, e dei loro difensori.

La visione che emerge in questa prima fase è nel senso di assicurare la frequentazione della sede giudiziaria da parte di pubblici ministeri e giudici, gli unici chiamati ad essere presenti sul luogo di lavoro per celebrare le udienze, a parte qualche sporadica fonte dichiarativa, quali testimoni, consulenti tecnici e periti, rispetto ai

quali si presumono facilmente adottabili le modalità precauzionali affidate, come detto, al dirigente dell'ufficio.

3. La portata applicativa del co. 12 dell' art. 83 diviene immediatamente oggetto di attenzione da parte del Csm, il quale, già il 26 marzo, detta nuove linee guide ai dirigenti degli uffici, in particolare per le modalità di trattazione delle udienze di convalida e il successivo giudizio direttissimo. Il percorso interpretativo che darà vita al fenomeno poi definito "processo a distanza" si radica sul co. 4 *bis* dell'art. 146 *bis* disp. att. Cpp, secondo il quale, quando il detenuto partecipa a distanza, anche le altre parti, compreso ovviamente il pubblico ministero, possono presenziare all'udienza con identiche modalità, disposizione ritenuta applicabile, sebbene non richiamata dal citato co. 12, in forza dell'art. 45 *bis* disp. att. Cpp, che predispone peculiari regole proprio in tema di partecipazione al procedimento in camera di consiglio da remoto. A fronte di questa prospettiva, nella quale l'unico a stazionare nella sede giudiziaria sarebbe rimasto il giudice, le linee guida suggeriscono di «immaginare nuove modalità di gestione delle udienze penali interamente svolte dal giudice in collegamento con tutte le parti del processo», così che la mutazione della «stanza virtuale in aula di udienza» non può non valere anche per quest'ultimo, indipendentemente dal luogo in cui egli fisicamente si trovi.

In questo modo, la magistratura, tramite il proprio organo di governo, manifesta che certi approdi procedurali concentrati sulla tutela dei dipendenti del Ministro della Giustizia possono essere raggiunti senza interventi legislativi *ad hoc*, essendo giustificabili sulla scorta di una trama codicistica già esistente.

Al di là di qualsiasi giudizio sulla validità di una simile ricostruzione, sta di fatto che, nel mentre la fase uno sta per concludersi, il d.l. n. 18/2020. viene convertito con emendamenti che si aggiungono al già previsto art. 12, attraverso i quali il processo da remoto finisce per trovare un riscontro normativo.

A tal riguardo, viene innanzitutto in rilievo, ai fini che qui interessano, il co. 12 *bis* dell'art. 83 l. 24 aprile 2020 n. 27, che consente la partecipazione a distanza alle udienze penali nelle quali i partecipanti altri non siano che il pubblico ministero, le parti private e i loro difensori, l'ausiliario del giudice, gli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, gli interpreti, i consulenti tecnici e i periti.

Una disciplina caratterizzata dalla medesima natura smaterializzante si rinviene nel co. 12 *quinques*, che si occupa della camera di consiglio collegiale, prevedendo che le deliberazioni possano essere assunte tramite collegamenti individuali da remoto dei singoli componenti del collegio, con la precisazione che deve considerarsi camera di consiglio il luogo da cui avviene ognuno di tali collegamenti.

Il combinato delle due disposizioni lascia subito trasparire che legislatore non ha sentito il dovere di mettere nero su bianco la circostanza che il giudice, al pari degli altri soggetti, interagisce in udienza da remoto, preferendo affidarsi a ciò che si ricava implicitamente da un passaggio del co. 12 *bis* e ad una lettura logica del co. 12 *quinqes*, il quale, nonostante si limiti a disciplinare la fase della decisione in camera di consiglio collegiale, non può prescindere dal presupposto che i giudici che vi partecipano abbiano *anche* presenziato a distanza dall'udienza, regola che, se vale per il collegio, deve presumersi valga *anche* per il giudice monocratico. La ragione di tale atteggiamento sibillino si spiega con le forti influenze che su questa disciplina ha esercitato l'intervento del Csm, tant'è che non si tenta nemmeno di tradurre sul piano normativo l'immagine della stanza virtuale che si trasforma in aula di udienza proposta dalle linee guida, lasciandola sullo sfondo come un dato oramai acquisito.

D'altronde, che gli emendamenti presentati alla fine di aprile abbiano risentito delle modalità di celebrazione dei processi fino a quel momento trattati, lo testimonia il termine di entrata in vigore dei co. 12 *bis* e 12 *quinqes*, che si fa risalire al primo giorno della fase uno (9 marzo), una scelta che tradisce la finalità di introdurre una sorta di "sanatoria processuale" per quanto accaduto nei primi quarantacinque giorni di applicazione della legislazione di emergenza.

Sebbene le tracce del passato siano nettamente percepibili, non si può certo negare che la disciplina abbia gettato uno sguardo al futuro e più precisamente a quella fase due che era alle porte, una fase nella quale le potenzialità applicative dell'udienza virtuale apparivano estese; la preventivata ripartenza, salvo imprevisti, dell'intero carico giudiziario preannunciava, infatti, un apprezzabile aumento delle occasioni per sfruttare le nuove tecnologie, ampliato dalla scelta di estendere tale regime alle udienze pubbliche e per acquisizioni probatorie che non riguardano la sola polizia giudiziaria ma investono l'esame del perito e del consulente tecnico.

Le novità introdotte dalla legge di conversione, se lette alla luce del profilo prevenzionistico imposto dalla sempre attuale circolazione del virus, manifestano un quadro di tutele che sembra connotato da un certo equilibrio.

La diminuzione del rischio di contagio, che è la ragione stessa della fase due, non rende insensata un'estensione del processo a distanza, perché è controbilanciata dalla fondata previsione che i luoghi di lavoro registreranno inevitabilmente un innalzamento cospicuo dei frequentatori.

La normativa ha altresì il vantaggio di presentarsi come misurata, essendo evidente la finalità di depotenziarne lo spazio operativo nella scelta di non includere i testimoni, a parte la polizia giudiziaria, tra le persone esaminabili da remoto, un particolare di rilievo, se si tiene conto che tali fonti dichiarative sono presenti nella stragrande maggioranza dei processi. Infine, i co. 12 *bis* e 12 *quinqes* hanno il pregio

di porre un limite all'intervento dei capi degli uffici, i quali, nel caso di processi da svolgersi quasi totalmente *in loco*, avrebbero subito un evidente appesantimento della posizione di garanzia ricoperta, con il pericolo che i poteri attribuiti loro dai co. 6 e 7 dell'art. 83 l. n.27/2020. finissero per essere spesi con uno spirito conservativo contrario ad una celere ripresa, ma giustificato dall'impossibilità oggettiva di attrezzare le sedi giudiziarie secondo criteri consoni ad uno "scrupoloso" datore di lavoro. E da questa valutazione non si può certo sottrarre il dato rappresentato dall'eventuale inconsistenza delle risorse disponibili, una situazione che, per quanto deprecabile sul versante politico, deve necessariamente essere considerata allorché si programmino modalità di tutela dal rischio epidemiologico.

4. A tre giorni dall'entrata in vigore del legge di conversione, il Governo emana il d.l. 30 aprile 2020 n. 28, con il quale ritorna sul sistema del processo a distanza, apportando rilevanti modifiche al quadro sopra illustrato.

Per quanto attiene al co. 12 *bis*, si estende l'operatività della disciplina con l'inserimento di qualsiasi fonte testimoniale (e non più, dunque, la sola polizia giudiziaria) nel novero delle persone che possono partecipare all'udienza virtuale, ma, al contempo, il legislatore condiziona all'accordo delle parti il potere del giudice di procedere da remoto nelle udienze di trattazione e in quelle dedicate alla discussione finale. Anche il co. 12 *quinques* viene ritoccato: la possibilità che la fase decisoria venga tenuta da remoto è ammessa, a condizione che con le medesime modalità si sia svolta la discussione finale, in udienza pubblica o in camera di consiglio.

Alla luce delle unanimi critiche rimosse dalla legge di conversione, la maggior parte delle quali faceva leva sulla illegittimità costituzionale dell'intervento², è indubbio che la controriforma, anche per la sua repentinità, rappresenti il risultato di un raffronto tardivo tra processo virtuale e principi invalicabili della giustizia penale. Il risultato di questo ripensamento si traduce nel riconoscere che il profilo antinfortunistico che illumina il processo a distanza non giustifica la compressione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa in ordine a determinate attività processuali, sebbene tale compressione si traduca nel sostituire il mezzo con il quale certe facoltà possono essere esercitate. Tale conclusione, tuttavia, non comporta

² Tra coloro che sono intervenuti sul tema, non si registrano eccezioni nel denunciare l'incostituzionalità del d.l. 28/2020 (e particolarmente costante ed incisivo è stato l'impegno dell'Unione delle Camere penali), anche se non sfugge che la questione è stata affrontata tenendo, forse, troppo in ombra il carattere emergenziale della disciplina; *ex multis*, cfr. O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in www.archiviopenale.it, fasc. n. 1/2020, 6; v., altresì, il documento del consiglio direttivo dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, rinvenibile su www.sistemapenale.it, 14.4.2020.

l'uscita di scena del processo a distanza per le udienze istruttorie o di discussione, in quanto, venendo in gioco diritti disponibili, il profilo di illegittimità del sistema può essere risolto dando spazio alla volontà delle parti nel decidere se renderlo o meno operativo.

Una volta escluso che la situazione di rischio apprezzata per costruire l'apparato di tutele del 26 marzo si sia modificata così tanto nei tre giorni successivi da giustificare certi aggiustamenti, resta da vedere quali riflessi questa controriforma avrà sull'amministrazione della giustizia nella fase due.

La prima notazione riguarda la perdita della natura prevenzionistica di gran parte del processo a distanza, in quanto non si può prescindere dall'affidare l'attivazione della misura organizzativa alla volontà insindacabile dei capi degli uffici/datori di lavoro ed, eventualmente, a quella del giudice di udienza delegato tramite linee guida; con l'indispensabilità del consenso delle parti, l'aula virtuale perde qualsiasi collegamento con la situazione di emergenza, tant'è che questa disciplina potrebbe sopravvivere alla scomparsa del virus, se solo si riuscisse a consentire una partecipazione da remoto anche del pubblico.

Certe conclusioni fanno subito intendere che la fase di ripresa della giustizia dovrà fare i conti soprattutto con le capacità di organizzare il luogo di lavoro, una prospettiva che evidenzia il pericolo di modalità di gestione dell'attività giudiziaria parzialmente differenziate in ragione delle caratteristiche di ciascuna sede, dato che ognuna di loro ha un carico di procedimenti, una disponibilità di risorse e un *layout* della struttura diversi dall'altra.

In questo scenario per forza frantumato, l'attenzione cade sui poteri riconosciuti ai capi degli uffici, ed in particolare all'uso che si farà della facoltà di emanare linee guida vincolanti per la trattazione dei processi, un meccanismo che permette di riesumare, anche se caso per caso, la rassicurante cautela della sospensione dell'attività giudiziaria, con il rinvio delle udienze che prevedono un numero di partecipanti ingestibile sul piano antinfortunistico, per la mancanza di mezzi adeguati a mantenere sotto controllo il rischio di contagio.

Oltre che per la capacità di snellimento del carico giudiziario, le linee guida potrebbero distinguersi come strumento per veicolare ai magistrati giudicanti una serie di regole da applicarsi sul luogo di lavoro, una situazione che sembra idonea ad adombrare in capo al giudice di udienza un dovere quantomeno di controllo del rispetto delle misure predisposte per fronteggiare il pericolo, come se la stanza di udienza, dopo essere stata elevata ad aula virtuale, divenisse l'equivalente di un reparto di produzione.

Non è facile fare pronostici, ma è possibile che la controriforma produca l'effetto di amplificare la già ingombrante presenza della situazione emergenziale sull'attività

giudiziaria svolta *in loco*, con la possibilità d'infiltrazioni delle esigenze prevenzionistiche in ogni momento di applicazione del codice di rito, tra l'altro, in una fase di udienze pubbliche trasformate in segrete.

Le difficoltà di far osservare quelle misure minime di salvaguardia che potrebbero registrarsi in aule di udienza non adeguatamente attrezzate, unitamente all'esigenza di rispettare rigidamente i tempi di trattazione per evitare assembramenti, preannunciano ricadute sull'attività giudiziaria che potrebbero, anche solo involontariamente, tradursi in ripetute violazioni del principio del contraddittorio e del diritto di difesa.

A tal riguardo, basti pensare al delicato momento dell'ammissione probatoria, momento durante il quale la serena applicazione dei criteri di rilevanza e non superfluità potrebbe essere pregiudicata dall'esigenza di limitare al minimo futuri accessi all'aula per le difficoltà di gestione che comunque ne deriverebbero. Per quanto riguarda il contraddittorio, non è escluso che le implicazioni prevenzionistiche possano condurre il giudicante ad atteggiamenti improntati alla sostanza, con un uso discutibile del potere di proporre domande previsto dall'art. 506 Cpp, quale sarebbe quello di sfruttare la prima occasione per sondare diffusamente le circostanze interessate dalla fonte dichiarativa, con l'obiettivo di fare apparire una perdita di tempo nociva, data la situazione emergenziale, l'azione dell'esaminare e del contro esaminare riconosciuta alle parti. Ed i medesimi pericoli si avvertono per la discussione finale, rispetto alla quale un giudice gravato di un ruolo di responsabilità fino ad oggi sconosciuto potrebbe sentirsi autorizzato a dirigere le conclusioni in modo troppo puntuale, magari valorizzando eccessivamente il divieto di divagazioni e ripetizioni, fino al punto di rischiare che la difesa resti incompleta.

I precedenti rilievi non mirano a verificare in quale sistema, tra quello *in loco* e quello a distanza, si registrino, in concreto, i minori danni per il contraddittorio e il diritto di difesa, ma piuttosto a evidenziare che, qualunque sia la soluzione prescelta, la presenza di una loro compressione è un dato ineliminabile a fronte di un pericolo per la salute del quale la giustizia, al pari di tutto il Paese, è destinata a risentire.

Questa prospettiva potrebbe sconsigliare complicati tentativi di bilanciamento tra l'insieme dei principi costituzionali processuali e un principio dello stesso livello che mai si sarebbe pensato potesse intersecarsi con quel sistema; sembra, infatti, più opportuno muovere dal presupposto che, in un momento di straordinaria esaltazione dell'art. 32 Cost., dovuto all'esplosione della pandemia, proprio il diritto alla salute possa divenire la fonte di un'alternativa di svolgimento dell'attività giudiziaria adeguata

al “nuovo mondo”³, un modo connotato da prassi differenziate tra le vari sedi giudiziarie, rinvii di processi anche solo mediamente complessi, modalità di vivere il luogo di lavoro ispirate al rispetto di regole estranee al processo ma idonee a condizionarlo, perché questo si pretende da coloro che si espongono al pericolo di contagio affidandosi all’effettivo funzionamento delle cautele predisposte *in loco* dal datore di lavoro.

Solo quando la scienza arriverà alla conclusione che il covid 19 può essere facilmente neutralizzato, si potrà ripensare ad un rito come quello praticato fino agli inizi di marzo 2020, anche se resta la sensazione che, se la conclusione tarderà ad arrivare, quel rito dovrà darsi per disperso.

Rivisitando le parole con le quali Tullio Padovani chiude la prefazione a “Diritto penale totale” di Filippo Sgubbi, si può affermare che, sul versante processuale, la notte è lunga... e non è detto che passi.



³ Questa impostazione è stata ispirata dalla innovativa lettura dell’art. 32 Cost., offerta, alla luce dell’emergenza sanitaria, da G. De Francesco, *Dimensioni giuridiche e implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in questa rivista, 23.4.2020.