

IL PROCESSO PENALE AL TEMPO DEL COVID-19: MODELLI ALTERNATIVI DI GESTIONE DELLA CRISI

di Francesca Ruggieri

(Professore ordinario di diritto processuale penale,
Università degli Studi dell'Insubria)

SOMMARIO: - 1. Introduzione - 2. Le decisioni “necessarie”: la primazia della salute e la sospensione dell'amministrazione della giustizia - 3. I provvedimenti “cooperativi”: la delega agli operatori e l'istituzione di norme processuali concordate - 4. La realtà “virtuale” e il rito da remoto -5. Qualche punto fermo.

1. Le numerose novelle promosse nell'ambito dell'amministrazione della giustizia penale dall'inizio della crisi sanitaria possono essere riunite in tre diverse tipologie di interventi.

A seconda delle modalità con cui è stato esercitato il potere in senso lato organizzativo volto a contenere la diffusione del virus nelle aule di giustizia (e negli istituti penitenziari) si distinguono provvedimenti in qualche misura “necessitati”; provvedimenti in senso lato “cooperativi” e soluzioni meramente tecniche. Semplificando il panorama normativo di riferimento, alla prima categoria sono riconducibili le scelte volte a sospendere *tout court* l'amministrazione della giustizia (*infra*, § 2); alla seconda appartengono le opzioni che hanno delegato agli stessi operatori il delicato bilanciamento tra salute e libertà (*infra*, § 3); alla terza devono ascrivere le soluzioni che si sono affidate alla tecnologia e al relativo mondo “virtuale” (*infra*, § 4) per circoscrivere quanto più possibile il rischio di contagio.

Non interessa in questa sede argomentare in ordine alla pur discutibile fonte di legittimazione normativa delle riforme che, in difetto di una specifica clausola sullo “stato di eccezione” nel nostro ordinamento costituzionale, è scissa tra norme speciali in tema di protezione civile e/o di sanità pubblica, decreti legge e DPCM. Né si possono discutere i motivi per cui il nostro governo, nazionale e locale, e forse più di altri ordinamenti, ha sottovalutato gli allarmi lanciati a più riprese circa l'elevata

probabilità del diffondersi di pandemie, e ha quindi omesso di investire e apprestare per tempo quanto necessario a fronteggiare l'attuale crisi.

Ciò che si vuole analizzare è la “misura” del sacrificio imposto ai diritti della persona ed alle esigenze del processo penale al fine di salvaguardare la salute pubblica. Per ragioni che non è possibile investigare, ma che probabilmente trovano una loro spiegazione molto semplicemente nella impreparazione e nella incapacità del mondo politico nell'affrontare una simile situazione, tutte le decisioni governative si caratterizzano per essere prive di una programmazione a lungo termine.

Una volta dato conto dei provvedimenti sino ad ora emessi, suddivisi per comodità espositiva secondo le classi indicate, ci si deve allora interrogare se si sarebbe potuto apprestare soluzioni diverse, se e in quale misura le nuove norme potrebbero essere riproposte qualora dovesse esservi una nuova fase emergenziale, e, più in generale, si deve rispondere alla sempre più urgente domanda circa l'eredità che ci lascerà questo nostro drammatico tempo in un orizzonte più vasto di quello attuale, contingente e pervaso dalla paura (*infra*, § 5).

2. Come è noto, i primi provvedimenti in tema di amministrazione della giustizia, civile e penale (d.l. 8 marzo 2020 n. 11 e d.l. 17 marzo 2020, n. 18, poi convertito nella legge n. 27 del 24 aprile 2020 con riferimento all'art. 87 del d.l.), sono stati improntati alla necessità di rinviare giudizi e riti, per evitare assembramenti che potessero favorire la diffusione del virus.

Pur con le debite eccezioni, su cui ci si soffermerà più avanti, questa normativa si è limitata a incidere sul fattore tempo. Il legislatore dell'emergenza non ha preso neppure in esame modalità che avrebbero potuto comunque assicurare il funzionamento dell'ordine giudiziario, in quanto parte del potere sovrano, anche nei giorni del diffondersi del virus: ad esempio articolando i rinvii a seconda della “dimensione tipologica” (con mono- o pluri-imputazioni) dei procedimenti interessati, ovvero intervenendo sui riti speciali, estendendone eccezionalmente l'applicazione per accelerare, non rallentare, i tempi del processo. Il potere politico si è limitato a differire l'esercizio dell'amministrazione della giustizia nel convincimento che la stessa non potesse essere svolta senza pregiudizio per la salute dei consociati.

Simile *ratio* ha caratterizzato anche la sospensione della decorrenza dei termini della custodia cautelare, ossia della durata della privazione della libertà *ante iudicium*, così addossando all'imputato l'impossibilità di celebrare il processo per ragioni di salute. La medesima logica diretta a negare un conflitto di valori in forza della ritenuta primazia del bene salute ha segnato le prime disposizioni che hanno letteralmente chiuso il sistema penitenziario (cfr. DPCM dell'8 marzo 2020, art. 2, lettera u), escludendo qualsiasi contatto con l'esterno e ripristinando in ogni singola struttura

carceraria una sorta di *Panopticon* del tutto autosufficiente e completamente isolato dall'insieme della società civile.

Utilizzando le categorie del diritto costituzionale si potrebbe affermare che, con tali provvedimenti, nel “bilanciamento” tra giustizia e salute, il legislatore ha compresso del tutto il primo valore per salvare, o comunque ritenendo così di poter salvare, il secondo.

Non si può neppure parlare in tal caso di “proporzionalità”. Nel rinviare ad altra data un'attività altrimenti doverosa, la normativa straordinaria ha soppresso una funzione pubblica, non ha sacrificato un diritto in funzione di un altro secondo criteri predeterminati e/o ragionevoli e quindi secondo un giudizio di relazione e proporzione. La stessa conclusione si impone, se possibile con ancora maggiore evidenza, sia con riferimento ai diritti dei detenuti sia con riguardo ai termini di fase relativi alla provvisoria limitazione della libertà prima di una sentenza definitiva.

In tutte queste decisioni nessuno si è fatto carico della tutela degli altri valori in gioco, dai diritti di imputati e vittime al “loro processo”, ai diritti di condannati alla rieducazione e alle relazioni familiari.

La scelta, tragica per definizione comportando comunque e sempre il sacrificio di almeno uno dei valori in gioco, si è risolta nell'annullamento del conflitto con la negazione degli altri valori: una decisione che è stata rappresentata come obbligata dalle circostanze, una sorta di determinazione assolutamente necessitata. Non vi è stato spazio per una reale assunzione di responsabilità.

Di fronte all'aggressione alla vita, ogni altro diritto è passato in secondo piano. A questo proposito è appena il caso di precisare che la vita di per sé è una “precondizione” di qualsiasi aggregamento sociale. La Costituzione, come molte altre carte costituzionali, più propriamente non parla di vita, ma di salute (art. 32 Cost.), ovvero del benessere psicofisico di ciascuno di noi.

Se il nostro legislatore fosse stato in grado di soppesare, sin dall'inizio, tutte le situazioni interessate dall'attacco del virus probabilmente non si sarebbe giunti al sacrificio della giustizia, così come dei diritti educativi e formativi dei giovani ovvero del diritto al lavoro, nei drammatici termini che abbiamo conosciuto e che continuiamo a conoscere. La salute delle persone più vulnerabili al virus, come gli anziani o gli ipertesi, avrebbe potuto essere preservata tenendo in debito conto anche della salute delle altre categorie di persone a rischio, ad esempio perché affette da patologie tumorali o da scompensi cardiaci. In presenza di risorse scarse (nel caso di specie, in particolare, il numero dei reparti di terapia intensiva rispetto al numero degli abitanti) l'attacco degli agenti patogeni avrebbe potuto efficacemente essere affrontato, come ci si augura che sia affrontato oggi, con la classificazione e la delimitazione del contagio, la separazione degli spazi, specie ospedalieri, suscettibili

di essere luogo di infezioni, la catalogazione dei soggetti più deboli e la predisposizione di cure conseguentemente diversificate.

La salute non sarebbe diventato un tragico problema di sopravvivenza, come è stato in questi mesi, ma un valore da preservare insieme agli altri, di uguale interesse costituzionale. E in questa cornice anche i diritti dei detenuti avrebbe potuto trovare la debita attenzione.

3. Idealmente all'estremo opposto della "decisione necessaria", che limita senza alcuna ponderazione un valore per preservare il bene che di tutti gli altri è il presupposto, ovvero la vita, si colloca il secondo approccio che legislatore ha seguito, in parte anche per mitigare l'effetto del primo, allorché ha in vario modo "delegato" agli operatori scelte che avrebbe dovuto assumersi personalmente con norme generali e astratte.

Si allude alle disposizioni che, in deroga ai richiamati rinvii e alle indicate sospensioni di termine di fase, attribuiscono ai presidenti degli uffici giudiziari la predisposizione di linee guida volte alla celebrazione dei processi che non possono essere rinviati nel rispetto dei criteri dettati dalle autorità sanitarie per contenere la diffusione del virus.

Il legislatore a questo proposito ha individuato sia le categorie dei giudizi che dovrebbero essere comunque celebrati (si pensi ai casi di convalida di un arresto in flagranza e del successivo rito direttissimo oppure ai processi a carico di imputati in custodia cautelare) sia le forme che dovrebbero assisterli, in linea di massima utilizzando strumenti informatici.

Tanto nell'immediatezza delle prime applicazioni quanto a ridosso degli ultimi interventi, che hanno sensibilmente e condivisibilmente ridotto i casi di processi "da remoto" (d.l. 30 aprile 2020, n. 28), gli uffici giudiziari si sono prontamente dotati dei relativi provvedimenti. Nell'ottica di una corretta e adeguata ponderazione dei diritti degli interessati alla luce della tipologia della criminalità in un determinato territorio è comprensibile che il legislatore abbia delegato i capi degli uffici, gli unici a conoscenza anche delle eventuali (purtroppo frequenti) carenze della struttura che dirigono, a predisporre quanto necessario.

Secondo quanto è dato leggere nei numerosissimi provvedimenti pubblicati online le regolamentazioni effettuate a livello locale hanno allocato i limitati mezzi a disposizione mettendo a punto un calendario di rinvii coerenti e coordinati sia con gli uffici requirenti sia con quelli giudicanti. Qui i capi uffici hanno potuto ricorrere anche all'esperienza già consolidata in tema di applicazione di criteri di priorità.

Le novità rispetto a consuetudini che trovavano già riscontro nella prassi giudiziaria riguardano le linee guida che, nel bilanciare gli interessi degli imputati e i

diritti di difesa da un lato e quelli all'accertamento dall'altro, prendono in considerazione le disposizioni legislative in tema di consenso del difensore alla celebrazione di udienze da remoto, oggi previste espressamente in deroga alle norme che prescrivono il ricorso a programmi di videoconferenze (di regola) solo qualora non sia prevista alcuna istruttoria.

Nella "concertazione" con gli enti territoriali, gli organismi della sanità pubblica e, soprattutto, i diversi consigli dell'ordine, avvocati e magistrati hanno anche creato nuove norme processuali: esemplare a questo proposito quella che, a Salerno, impegna i difensori a non contestare l'eventuale vizio rinvenibile nell'uso della "stanza virtuale" per l'udienza di convalida e il giudizio direttissimo.

A parte il significato normativo di tale accordo (di cui non si comprende il senso né con riferimento alle forme che governano il rito, né con riguardo al principio di tassatività delle nullità) la tendenza ad estendere i poteri dispositivi della parte privata pone domande di non immediata risposta. Emblematico a questo proposito, e di segno opposto a quanto convenuto dagli uffici giudiziari del Cilento, è il vademecum predisposto dall'*Unione Camere Penali italiane* in ordine alle eccezioni processuali proponibili proprio in occasione delle udienze che è possibile celebrare da remoto, comprensive anche di precisi rilievi di incostituzionalità con riguardo agli artt. 15 e 24 Cost. (cfr. *Processo da remoto: un vademecum di eccezioni processuali*, in www.camerepenali.it, 5.5.2020)

4. Il ricorso a *software* che consentano l'interazione tra più persone, fisicamente molto lontane, elide alla radice il problema del rischio di assembramento che potrebbe contribuire alla diffusione del contagio.

Se il differimento delle udienze sposta avanti nel tempo la gestione della pandemia nelle aule di giustizia, la celebrazione dei processi "da remoto" o a distanza incide sullo spazio, il "cerchio sacro" si potrebbe dire, del giudizio. Con le disposizioni in tema di rinvio il legislatore ha differito nel tempo la funzione giudiziaria, con l'introduzione nell'Areopago dei programmi di videoconferenza la ha "smaterializzata". Nel cercare di ponderare esigenze processuali da un lato, e garanzie della funzione giurisdizionale (immediatezza, oralità, pubblicità) e diritto al contraddittorio e alla difesa dall'altra in tal caso il legislatore ha letteralmente soppresso l'agone giudiziario.

Come ha osservato ancora una volta l'*Unione delle Camere Penali*, il processo virtuale è incompatibile con tutti i principi del giusto processo (art. 111. Cost.). La trasmissione delle immagini senza la presenza fisica di testimoni e soggetti del processo rende impossibile alcuna effettiva istruttoria, in spregio alla rilevanza che nel sistema processuale penale è riconosciuto anche dal punto di vista euristico

all'assunzione della prova orale. Come sa bene chi ha sperimentato lo svolgimento di esame e controesame, solo in presenza è possibile apprezzare il tono di voce (lusinghiero, allettante, satirico, beffardo, sarcastico, derisorio ecc.) di chi pone la domanda, lo sguardo del giudicante che in silenzio ammonisce (e forse non dovrebbe) il testimone reticente ovvero il biasimo o la lode che emerge dal linguaggio del corpo di chi interroga un dichiarante ostile o amico.

Qualora poi si consideri l'applicazione delle piattaforme di comunicazioni a ipotesi quali quelle della convalida dell'arresto, con l'imputato presso le stanze di pubblica sicurezza, necessariamente lontano dal suo difensore, l'avvocato in un luogo e il pubblico ministero in un altro, ci si rende conto che non si sta parlando di una sorta di pregiudizio nei confronti delle nuove tecnologie ma di soluzioni del tutto inconciliabili con le forme del giudizio che è anzitutto e unicamente "rito", addirittura cerimonia e protocollo.

5. È difficile condividere le decisioni che in gran parte sono state rappresentate e recepite come "necessitate" e che si sono limitate a spostare nel tempo l'esercizio dell'amministrazione della giustizia.

Se ieri, in difetto di consapevolezza sullo sviluppo della pandemia, in una situazione di ignoranza (peraltro ingiustificabile) e, soprattutto, incertezza, probabilmente nessun altro governo si sarebbe mosso in modo diverso, domani non dovranno più ritenersi ammissibili simili scelte.

Gli effetti della sottovalutazione del rischio hanno aggravato la già distorta percezione della "cosa pubblica" nel nostro Paese. Anche di fronte al bene salute, che è concetto diverso da quello di vita, è necessario procedere sempre al bilanciamento dei diversi interessi coinvolti.

È (e lo è stato in questi giorni terribili) del tutto fuorviante contrapporre processo penale e sistema penitenziario da una parte e vita dall'altra. La sospensione del processo penale, e, soprattutto, dei diritti dei detenuti sono stati provvedimenti che hanno coinvolto valori analoghi a quelli alla vita sociale e alla salute di tutti. È compito dello Stato, anche in fase di emergenza, procedere al bilanciamento di tutte le posizioni interessate: ad esempio senza prevedere una generale dilazione dell'amministrazione della giustizia ma individuando i processi che (o se del caso i criteri in forza dei quali) è possibile celebrare senza pregiudizio per il diffondersi dell'epidemia, dalle più semplici udienze monocratiche, o collegiali senza istruttoria (come in parte è stato fatto solo ora nel disciplinare i casi di udienza a distanza) ai giudizi con solo una o due imputazioni o uno o due imputati.

Solo se la politica si fa carico delle "scelte tragiche" la società civile può continuare a credere nella giustizia, che, lo si ricordi, è uno dei servizi essenziali e

caratterizzanti la vita consociata e, come l'educazione e la formazione dei giovani, costituisce l'asse portante di qualsiasi organizzazione sociale.

Certamente più condivisibili sono state le opzioni in qualche misura "partecipate". A questo livello l'eredità dell'emergenza Covid-19 potrebbe aprire una nuova stagione di riflessioni. Anche in futuro l'attribuzione ai singoli uffici potrà ancora costituire una riposta efficace ed efficiente, rispettosa delle diverse esigenze del territorio, a presidio della salute pubblica.

La delega al singolo magistrato e al privato del bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenze della giustizia, entro la griglia imposta dalle necessità sanitarie, ha peraltro contribuito a sfumare i già sbiaditi contorni tra diritto pubblico e diritto privato.

I ruoli delle parti necessarie del processo sono in rapida evoluzione. La parte privata è sempre più al centro di scelte che "dispongono" del rito: dalle opzioni in tema di giudizi speciali alle rinunce in ordine al diritto alla prova sino ai più tradizionali poteri circa l'eventuale proposizione di una impugnazione, l'imputato e il suo difensore sono i *domini* di un procedimento da tempo non più a carattere prettamente pubblicistico, e quindi indisponibile. I magistrati, caricati di competenze organizzative che, lungi dallo snaturare le loro funzioni giudicanti e requirenti, li avvicinano ai colleghi d'oltremare, sono i primi responsabili del funzionamento del loro ufficio.

Soggetti privati e soggetti pubblici sullo stesso piano nell'assicurare un *fair trial* è fenomeno che richiede attenzione.

Se a questo scenario si aggiungono le vicende in tema di smaterializzazione del processo, con la fiera e giusta opposizione dell'avvocatura alla celebrazione da remoto, si definiscono i contorni dello sfondo che non scomparirà con la fine della fase dell'emergenza.

Con riferimento alla giustizia penale, la tragedia che ha colpito il mondo intero in futuro potrà aiutarci a ricordare la rilevanza della amministrazione della giustizia in una società civile e la necessità di ponderare i diversi valori in gioco nelle situazioni di crisi e, sin da oggi, può ammonirci al rispetto del "rito" in presenza che, solo, può assicurare la giustizia della decisione.