

IL PROCESSO PENALE A DISTANZA, LA COSTITUZIONE ED I PROVVEDIMENTI EMERGENZIALI CONTRO LA COVID19



Emanuele Fragasso Jr

SOMMARIO 1. Premesse — 2. I rischi per la valutazione giuridica discendenti dall'uso retorico di alcune espressioni militari. L'utilità di una digressione sulla natura del *iusitium* nel diritto dell'età repubblicana di Roma antica. — 3. L'individuazione di una "*catena normativa della giustificazione*" può essere insufficiente al fine di risolvere la questione della legittimità costituzionale delle disposizioni emergenziali, particolarmente nel caso del processo cd. "*da remoto*". — 4. Le garanzie costituzionali violate dalle disposizioni originarie sul *processo a distanza*: cenni introduttivi. — 5. Le nuove disposizioni sul "*modo*" del giudizio-attività ed i rispettivi corollari, processuali e costituzionali. — 6. La *ratio* delle disposizioni emergenziali sul "*tempo*" e sulla "*forma*" del giudizio penale. — 7. La necessità di difendere "*la statura dell'uomo*" dalle erosioni del giusto processo penale.

Noi decidiamo, con la nostra selezione del tipo di osservazione adottata, quali aspetti della natura vanno determinati e quali vanno lasciati nell'ombra.

Werner Heisenberg (1952)

1. Premesse

Prima premessa. Il modesto *penalista* che scrive questi sommarî appunti non è un *costituzionalista* e non è animato dalla presunzione di apparire tale nella valutazione della «*legalità*» o della «*legittimità*»¹ dei provvedimenti emergenziali contro la *COVID19*, che, tra l'altro, in un primo momento, avevano esteso il perimetro dei casi del processo a distanza. Ciò sino al d.-l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in legge da L. 24 aprile 2020, n. 27, cui poi è seguito – in senso contrario – l'art. 3, co. 1 lett. *d*) del d.-l. 30 aprile 2020, n. 28. Con il risultato che, ad oggi, le disposizioni del comma 12 *bis* «*non si applicano, salvo che le parti vi acconsentano, alle udienze di discussione*

¹ Tale distinzione è tracciata da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 8^a ed., Padova, Cedam, 1969, II, p. 641, ove alla parola «*legalità*» viene attribuito il significato di stretta osservanza della legge scritta, mentre alla «*legittimità*» si fanno corrispondere le esigenze da essa non previste, nella prospettiva problematica delle deroghe alla Costituzione fuori dei casi in cui questa le consente.

finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio e a quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti.». Salva, s'intende, un'ulteriore inversione di rotta, dovuta a sopravvenuti, imprevedibili e contrapposti "ripensamenti" del Governo o dei suoi organi consultivi.

Pertanto, il *penalista* confida nell'indulgenza e nella comprensione – da parte del lettore e, principalmente, dei *costituzionalisti* – in relazione agli errori che potrebbero viziare il successivo ragionamento, particolarmente sul piano del diritto costituzionale.

Diversamente, la scelta di un cauto e prudente silenzio su tali nodi problematici comporterebbe, per un verso, un'ingiustificata rinuncia al *pensare per problemi* su norme che modificano profondamente la disciplina giuridica di cruciali questioni penali (*in primis*, il processo cd. "da remoto") e, per un altro, un'irragionevole compartimentazione tra gli studiosi del diritto pubblico, quali sono i penalisti ed i costituzionalisti, all'insegna di una assai disinvolta distorsione post-moderna del monito di Alberico Gentili: «*Silete theologi in munere alieno!*»².

Seconda premessa. La miriade dei «*provvedimenti*» emergenziali, proiettati a contrastare l'epidemia virale, ha suscitato numerosi commenti, in larga parte tra i costituzionalisti, spesso diffusi per via digitale. Nonostante la qualità dei medesimi, è impossibile, in questa sede, tentare di fornire soltanto una pur sintetica citazione bibliografica.

Inoltre, la diversità delle rispettive argomentazioni suggerisce – allo scopo di rispettare i limiti di questi appunti – di percorrere le linee generali delle singole tesi (nella consapevolezza del rischio di arbitrarie scelte, nei riferimenti di volta in volta compiuti), allo scopo di individuare dei *macrotemi*, all'interno dei quali sviluppare, successivamente, alcune osservazioni penalistiche. In tal guisa, ci si avvede che esiste un denominatore comune che *affratella* i ragionamenti di numerosi, autorevoli giuristi, sebbene, a volte, in contrasto con quelli di altri: *la violazione o no della legalità costituzionale*, da parte dei provvedimenti emergenziali³.

² Con l'avvertenza che, nel nostro caso, non si tratterebbe di difendere la laicità del diritto e della politica, ma addirittura di impedire, a studiosi e "clinici" di specializzazioni diverse, di dialogare su problemi comuni. Sulla distorsione del monito citato in testo abbiamo mutuato le icastiche parole – scritte in replica a Giorgio Agamben – di Umberto Vincenti nella sua sfolgorante *Presentazione* (pp. VIII e IX) a L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, Jovene, 2009.

³ In ordine cronologico, con le scuse verso gli Autori non citati, vd. – per il diritto penale – L. STORTONI, *L'imputato ai tempi del COVID19*, in *Penale. Diritto e procedura* (penaledp.it), 16 aprile 2020 e, poi, in *disCrimen*, 18 aprile 2020; G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, (4 maggio 2020), in *Sistema penale*, 2020, spec. pp.

Proprio quest'ultimo tema può costituire l'*incipit* dell'indagine penalistica, che è notoriamente soggetta al canone della legalità, sia sul versante del diritto penale (*ex art. 25, co. 2 Cost.*), sia su quello della procedura penale (*ex art. 111, co. 1 Cost.*).

2. I rischi per la valutazione giuridica discendenti dall'uso retorico di alcune espressioni militari. L'utilità di una digressione sulla natura del *iustitium* nel diritto dell'età repubblicana di Roma antica

Nonostante l'impiego – insistito ed assai diffuso, non soltanto nel linguaggio dei *mass-media* – di proposizioni linguistiche di tipo bellico – quali la guerra al *virus*, la prima linea, la potenza di fuoco, *etc.* – la normativa emergenziale, attuata per contrastare l'epidemia, non autorizza a concludere che sussista, oggi, né lo stato di *guerra*, né lo stato di *eccezione*⁴.

La *guerra*, la *dittatura* e lo *stato di eccezione*, infatti, non possono essere evocate con “parole in libertà”, ignare, per di più, dei rigorosi concetti che quei lemmi esprimono ed, inoltre, dei precedenti storici che li caratterizzano⁵.

Mentre per la guerra non occorre dilungarsi in argomentazioni di sorta, in ragione del fatto che essa è un conflitto tra persone fisiche e tali non sono i *virus*, sembra opportuno dedicare una maggiore attenzione particolarmente allo *stato di eccezione*.

2-4 e G. FLORA, *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe (“ragionevoli”?) ai principi costituzionali*, in *Penale. diritto e procedura*, 12 maggio 2020 e, poi, *COVID regit actum*, in *disCrimen*, 13 maggio 2020, successivamente, A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2020, p. 441 ss. e G. FLORA, *Norme penali “sostanziali”, norme penali “processuali” e divieto di retroattività*, in *disCrimen*, 8 giugno 2020 – e – per il diritto costituzionale – L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» *in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacere d'altri*, in *federalismi.it* (23 marzo 2020), spec. p. 12 ss. e p. 15 ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza* (10 aprile 2020), in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 109, spec. pp. 116-119 e pp. 137-141.

⁴ Lo hanno escluso, concordemente, prima M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, (10 aprile 2020), cit., p. 112 ss. e p. 137 ss. e, poi, S. CASSESE, *La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi*, in *Il Dubbio*, 14 aprile 2020; ID., *Il Premier ha sbagliato a firmare quei decreti*, *ibidem*, 16 aprile 2020; ID., *Lo stato d'emergenza ha minato l'equilibrio tra poteri costituzionali*, in *Il Foglio quotidiano*, 5 maggio 2020.

In termini generali, sulle attività *extra ordinem*, esplicate con l'intervento del Capo dello Stato e del Governo, cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 639-642.

⁵ Per numerosi riferimenti storici al *Decreto per la protezione del popolo e dello Stato*, con il quale Hitler sospese gli articoli della Costituzione di Weimar sulle libertà personali, oltre che per altri richiami legislativi di tempi successivi, cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017, p. 10 ss.

Esso discende da una situazione di pericolo grave per lo Stato – e fondandosi già la sua denominazione sull'*eccezione* – può evocare, implicitamente, la categoria dello *stato di necessità* ed il principio *necessitas legem non habet*. In tale modo, la *necessità* asurgerebbe al rango di fonte suprema, così sostituendosi alla Costituzione, secondo il principio del *primum vivere*.

Inoltre, poiché lo stato di necessità e le sue declinazioni – sino a quella di emergenza – non vengono riconosciuti, né disciplinati da alcuna norma costituzionale, qualcuno potrebbe sostenere addirittura la tesi che, in nome della necessità di *combattere e vincere* i pericoli ed i danni che discendono dal suddetto stato, sia legittimo *derogare o sospendere* le regole costituzionali. Con il corollario che queste ultime verrebbero presentate come *ordinarie*, mentre quelle disposte in tempo di emergenza assumerebbero il carattere della *straordinarietà* o della *eccezionalità*, ma sarebbero pur sempre legittime.

Tuttavia, siffatta tesi non appare persuasiva, come ci affrettiamo a dimostrare.

In primo luogo, la Costituzione non riconosce, né disciplina lo stato d'eccezione. Questa è una tipica «*lacuna intenzionale*»⁶ che rappresenta il frutto di una specifica e consapevole scelta dei Costituenti, il cui lavoro fu approvato il 22 dicembre 1947, cioè in un contesto storico assai prossimo, cronologicamente, al già citato *Decreto per la protezione del popolo e dello Stato*, con il quale Hitler sospese le norme della Costituzione di Weimar concernenti le libertà personali⁷.

A ben vedere, la nostra Costituzione enumera, tassativamente, i *casi* e le *ragioni* nei quali possono essere limitati i diritti inviolabili, rinviandone la disciplina specifica *alla legge*, anziché ai provvedimenti amministrativi, quali sono i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri⁸. La qual cosa ha indotto una parte della Dottrina costituzionalistica a segnalare – con riferimento all'art. 16 Cost. – un margine di indeterminatezza del precetto costituzionale sull'individuazione delle «specifiche misure da adottare»⁹, con la simmetrica espansione della responsabilità del Governo, autore della scelta dei provvedimenti necessari a tal fine.

⁶ Tale espressione è di F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 213.

⁷ Sulla «scelta consapevole» della Costituzione di non contemplare un diritto speciale per lo stato di emergenza – come, invece, nell'art. 48 della Costituzione di Weimar o nell'art. 16 della Costituzione francese, o nell'art. 116 della Costituzione spagnola o nell'art. 48 della Costituzione ungherese – vd., per tutti, M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, 2020*, p. 25.

⁸ In questa univoca direzione, cfr. L. A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*», cit., spec. p. 16 e *passim*.

⁹ Così G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, (N.1) 2020, p. III.

Ne discende che il problema del “*primum vivere*” deve essere risolto nel rispetto della Costituzione, la quale, nel comma 2 dell’art. 77, prevede – nell’eventualità di «casi straordinari di necessità e d’urgenza» – la legittimazione del «Governo» ad adottare «provvedimenti provvisori con forza di legge», che – come è ben noto – devono essere presentati per la conversione alle Camere.

Ergo: **Governo** e provvedimenti, cioè i decreti-legge, non, invece, il Presidente del Consiglio dei Ministri, né i decreti dello stesso. Con l’ovvia precisazione ulteriore che la *necessità* ed *urgenza*, al pari degli altri requisiti *ex art. 77, co. 2 Cost.*, dovranno rispettare i paradigmi forgiati dalla giurisprudenza costituzionale, in relazione ai principî di necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e provvisorietà, come ricorda la citata, perspicua *Relazione* del Presidente della Corte costituzionale. **Senza alcuna sospensione o eccezione** nei confronti della *legalità costituzionale*, dunque.

Scorgiamo una seconda ragione contraria all’ipotesi ermeneutica che stiamo criticando. Solitamente, *il diritto costituzionale d’eccezione* viene accostato ad alcune figure giuridiche del diritto romano pre-imperiale: quella del dittatore¹⁰ e quella del *iusstitium*¹¹. Ne sortisce un’estensione, se non addirittura un’analogia, tra istituti giuridici diversi che, tuttavia, non presentano alcun elemento significativo in comune. Con l’ulteriore conseguenza – si badi – di un’interpretazione non corretta della Costituzione, prima, e dei provvedimenti emergenziali, poi.

Al contrario.

Il rigoroso controllo delle fonti storiche, condotto con l’acribia propria del “romanista”, ha consentito a Luigi Garofalo¹² di dimostrare l’infondatezza delle pur suggestive opinioni di Giorgio Agamben, per un verso, e, per un altro, di individuare la funzione essenziale del *iusstitium*. Osserva, infatti, il giurista patavino che – a séguito del senatoconsulto che deliberava il *tumultus* – l’indizione del *iusstitium* non causava alcuna cessazione della forza imperativa del diritto sostanziale, ma, ben diversamente,

¹⁰ La ricorda G. AZZARITI, *op. cit.*, p. V, ove segnala con chiarezza le pericolose conseguenze del programma politico-istituzionale (di Silla, prima, e di Cesare, poi) che trasformò la dittatura da “commissaria” a “sovrana”, grazie all’estensione, oltre il termine di sei mesi, dei pieni poteri in favore di un unico soggetto. Col che la Repubblica capitolò.

¹¹ Lo considera «come l’archetipo del moderno *Ausnahmezustand*» G. AGAMBEN, *Stato d’eccezione*, cit., p. 55 ss., traendo dall’etimologia del sostantivo *iusstitium* – costruito proprio come il lemma *solstitium* – la conclusione che siffatto istituto genera l’arresto, cioè la *sospensione del diritto* (p. 56 e p. 66 ss.). Lo stato di eccezione, dunque, a differenza della dittatura, creerebbe «una zona di anomia», in quanto gli atti commessi durante il *iusstitium* «non sono né trasgressivi, né esecutivi, né legislativi» (p. 67). Cioè, una vera e propria sospensione dell’efficacia del *nomos*.

¹² Cfr. L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, cit., p. 131 ss.

soltanto la *temporanea sospensione* dell'esercizio della giurisdizione in materia civile e criminale¹³. Nessuno spazio anomico, dunque, e nessuna riduzione dei consoli – i più alti magistrati romani – «allo stato di privati cittadini»¹⁴.

Quando Roma era in pericolo e veniva indetto il *iustitium*, quasi tutte le attività pubbliche (ed eventualmente quelle private che mettevano in contatto due o più persone) erano transitoriamente interrotte, allo scopo che tutti si preparassero alla guerra, a cominciare dai magistrati fino a tutti i cittadini in grado di portare le armi, senza eccezione alcuna¹⁵. Soltanto l'*esercizio della giurisdizione* subiva una *temporanea sospensione*.

Dunque, nemmeno il riferimento al *iustitium* corrobora la tesi che la legge non vige durante lo stato di emergenza. La qual cosa suggerisce particolare cautela nel richiamo sbrigativo del principio *necessitas legem non habet*¹⁶.

Il diritto positivo attualmente vigente consente di fissare alcuni “punti fermi”, utili per orientare lo sviluppo del successivo ragionamento: *i.*) la Costituzione non prevede un diritto speciale per lo stato di emergenza; *ii.*) (*segue*) ogni esigenza di necessità e d'urgenza deve essere affrontata dal Governo, nel rispetto del procedimento e dei criteri stabiliti nell'art. 77, co. 2 Cost.; *iii.*) l'evocazione di presunti “*precedenti storici*” di una *necessitas*, pretesamente emancipata dalla soggezione alla legge, deve essere rigorosamente controllata, sia per il tramite dello studio delle “fonti” impiegate dagli storici¹⁷, sia attraverso l'interpretazione delle disposizioni di legge. Pena, altrimenti, l'autoreferenzialità delle opinioni e, soprattutto, delle corrispondenti ragioni.

¹³ La repressione criminale poteva avvenire, in casi predeterminati, anche prima della fine del *iustitium*, qualora si fosse trattato di condotte antiggiuridiche lesive di interessi pubblici rientranti nella competenza di tribunali speciali, che, dunque, erano in piena funzione durante il periodo di sospensione dell'attività giurisdizionale: vd. L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, cit., pp. 134 e 135.

¹⁴ Così ritiene G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, p. 64, sulla scorta di una frase di T. Livio: «*consules in privato abditi nihil pro magistratu agere [...]*». Questa proposizione viene interpretata, invece, nel senso, più realistico, che i consoli «si tenevano appartati nelle loro abitazioni» e «dovevano astenersi dal compiere le attività inerenti alla loro carica»: vd. L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, cit., pp. 132 e 133.

¹⁵ Compresi, cioè, i *cives* che avrebbero potuto invocare le cause di esenzione previste dall'ordinamento giuridico: «[...] *quod bello vacationes valent, tumultu non valent*», ricorda Cic., *Phil.* 8.1.3, citato da L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, cit., p. 133 e, *ivi*, nt. 58.

¹⁶ Tale concetto viene evocato da G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 66, allo scopo evidente di corroborare la tesi che vuole il *iustitium* come uno stato di anomia, cioè «uno spazio senza diritto».

¹⁷ Fondamentale, al riguardo, l'insegnamento di M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico*, Torino, Einaudi, 1998, p. 40 ss.: all'opposto della conoscenza del presente, quella del passato è necessariamente «indiretta», «per tracce» (p. 44), sviluppata su una ricerca che, fin dai primi passi, «abbia già una direzione» (p. 51). Su quest'ultimo tema, cfr. C. GINZBURG, *Occhiacci di legno – Dieci riflessioni sulla distanza*, Macerata, Quodlibet, 2019, spec. p. 258, ove si contrappone alla capacità dell'artista o

Quanto, poi, alla legge ordinaria, non si può trascurare, da un lato, la menzione della disciplina dello stato di necessità contenuta nell'art. 54 c.p.¹⁸: i requisiti della *costrizione*, della *non volontaria* causazione del pericolo, della *proporzione* e della limitazione della scriminante alla difesa dei *solii beni personali* dimostrano la primazia della legge rispetto alla necessità, che, quindi, acquista così una precisa identità giuridica. Quest'ultima sottrae la causa di giustificazione *de qua* all'arido ed incivile «uso della forza e dell'astuzia»¹⁹, uso che è in aperto contrasto con i valori di un ordinamento personalista, *ex art. 2 Cost.*

Da un altro lato, il riferimento alle norme del c.p.p. pone in evidenza che non v'è alcuna disciplina della «necessità», in termini generali e tassativi.

Nelle disposizioni che si riferiscono espressamente a questa situazione, il legislatore impiega la dizione «[...] per ragioni di assoluta necessità» (art. 477, co. 2 c.p.p., per la sospensione del dibattimento), oppure espressioni simili: «[...] se risulta assolutamente necessario» (art. 507, co. 1 c.p.p., per l'ammissione di nuove prove, una volta terminata l'istruzione dibattimentale; art. 603, co. 3 c.p.p., nel caso di rinnovazione disposta di ufficio, in appello). Con l'avvertenza che il requisito dell'*assoluta necessità*, pur conferendo la nota dell'eccezionalità alle fattispecie nelle quali esso compare, è connotato, tuttavia, da una ampia valenza discrezionale, discendente dall'assenza di una sua descrizione, tassativa e determinata, da parte del legislatore (nei medesimi termini, si colloca pure l'assoluta necessità che può giustificare l'eccezione al divieto di interruzione della discussione, per l'assunzione di nuove prove, *ex art. 523, co. 6 c.p.p.*).

Anche il sistema processuale penale, pertanto, subordina la categoria della necessità alla legge, o, quantomeno, ad uno specifico obbligo di motivazione che discende dall'obbligo di osservanza delle norme processuali, in capo, tra gli altri, pure ai giudici, «anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale» (come notoriamente stabilisce l'art. 124, co. 1 c.p.p.).

dello scienziato «di distinguere tra *schemata* e *biases*, ipotesi e presupposti (o pregiudizi)» l'impossibilità, per lo storico, di effettuare esperimenti, come March Bloch aveva, appunto, espressamente osservato; d'interesse, per il processualista, sono, poi, le pp. 266 ss., propiziate dalla citazione del pensiero di Luigi Ferrajoli sul processo, definito come «il solo caso di «esperimento storiografico»».

¹⁸ Vd., per tutti, A. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, Cedam, 1964. Il Maestro padovano, tra l'altro, pone l'accento sul fondamento della scriminante, individuato nel bilanciamento degli interessi, rispetto al quale non conta solo *il modo* in cui viene risolta la loro collisione, ma, piuttosto, *la causa* per cui essa è sorta (p. 59 e p. 68 ss.). Più di recente, cfr. pure M. RONCO, *Stato di necessità (Art. 54 c.p.)*, ora in *Scritti Patavini*, Torino, Giappichelli, 2017, I, p. 429 ss.

¹⁹ In questi termini M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, I, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 2004, *sub Art. 54*, p. 570.

La precedente conclusione consente di affermare la coerenza dell'ordinamento giuridico – dalle norme costituzionali sino a quelle ordinarie, di diritto e procedura penale – nella scelta, consapevole, di negare alla necessità l'attitudine ad essere un «fatto di autonoma produzione giuridica»²⁰, in funzione *non* già *abrogativa*, ma *sospensiva* degli strumenti giuridici predisposti allo scopo di salvaguardare l'esistenza dell'istituzione (il *fiat iustitia ne pereat mundus*). Naturalmente, come abbiamo già osservato, la necessità acquista il suo rilievo giuridico, come presupposto e come limite dell'esercizio del potere attribuito al Governo, nell'art. 77, co. 2 Cost.

3. L'individuazione di una “*catena normativa della giustificazione*” può essere insufficiente al fine di risolvere la questione della legittimità costituzionale delle disposizioni emergenziali, particolarmente nel caso del processo cd. “*da remoto*”

Massimo Luciani, autorevole costituzionalista, ha sottoposto ad uno studio analitico la «*catena normativa*»²¹ che ha il suo anello finale nella *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili* del 31 gennaio 2020, ad opera del Consiglio dei Ministri, indicando, come anelli iniziali, due *fonti primarie*: per un verso, le norme concernenti l'emergenza sanitaria – in modo particolare, l'art. 32 della L. 23 dicembre 1978, n. 833 – e, per un altro, le disposizioni contenute nel D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, cioè il *Codice della protezione civile*²².

In tal modo, a séguito di un articolato ragionamento, il suddetto giurista giunge alla conclusione che la deliberazione dello stato di emergenza ha «*un robusto fondamento*»²³. Ciò comporterebbe, a cascata, la legittimità dei numerosi decreti-legge seguiti alla dichiarazione di emergenza e la legittimità delle relative leggi di conversione, l'una e le altre reciprocamente collegate, al cospetto della consolidata giurisprudenza costituzionale²⁴.

²⁰ L'espressione è tratta da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, cit., pp. 306-307 e, in quest'ultima, nt. 1, ove l'A. cita le tesi opposte di autorevoli Costituzionalisti. Assai di recente ribadisce che è la Costituzione, non la necessità, a fondare i provvedimenti d'urgenza, di tipo emergenziale, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., pp. 113 e 114; in quest'ultima pagina, l'A. precisa che l'eventuale «rottura costituzionale [...] [sarebbe] destinata a legittimarsi (se vi riuscisse!) in virtù del fatto, non della piana applicazione di una (pretesa) fonte di diritto». Sulla qual cosa avremo modo di ritornare successivamente.

²¹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 110 ss.

²² ID., *op. cit.*, p. 116.

²³ ID., *op. cit.*, p. 118.

²⁴ ID., *op. cit.*, p. 119.

Dunque, lo stato di emergenza, poiché è collegato alle predette fonti primarie, renderebbe legittimo «*l'intervento dei "provvedimenti provvisori con forza di legge" previsti dall'art. 77 Cost.*»²⁵.

Naturalmente, l'Autore sopra citato non ignora il tema dei «*contenuti concreti delle fonti primarie*»²⁶, dovendo i medesimi guidare e delimitare la discrezionalità del normatore secondario. Nondimeno, tale indagine viene definita estranea ai limiti della ricerca svolta, come fissati nell'*incipit* dello scritto, con il corollario ulteriore che «*la questione dei possibili vizi sostanziali degli atti normativi freneticamente succedutisi [...]*» non viene affrontata²⁷, sebbene – si badi – il suddetto autorevole Studioso escluda che vi sia stata «*alcuna rottura della legalità costituzionale*»²⁸.

La menzionata diagnosi negativa di qualsivoglia vizio di legalità costituzionale si presta, però, ad alcune obiezioni.

In primo luogo, essa appare, a nostra debole opinione, in contraddizione con l'impeccabile rilievo, enunciato da parte del medesimo Autore, che il principio di legalità, nell'ordinamento giuridico italiano, deve essere inteso «non solo in senso formale, ma anche sostanziale [...]»²⁹. Con la conseguenza che l'esclusione di qualsivoglia rottura della legalità costituzionale può essere affermata *se e solo se* è stato scrutinato, precedentemente, anche l'eventuale *vulnus* al principio di legalità in senso sostanziale, dichiarato estraneo, invece, rispetto agli obiettivi – finalistici e metodologici – dello studio citato.

Al di là della distinzione, a volte sdruciolevole, tra *forma* e *sostanza*³⁰, è agevole esprimere una seconda ragione a confutazione della tesi dell'autorevole costituzionalista.

La «catena normativa della giustificazione», già citata, avrebbe il suo anello iniziale o, se si preferisce, la sua bitta di attracco nel *Codice della protezione civile*. Quindi, questo «*Codice*», in uno alle norme sull'emergenza sanitaria, assumerebbe la natura e la funzione della norma fondamentale, la *Grundnorm* di kelseniana memoria³¹.

Ne discende che nel *Codice della protezione civile* si dovrebbe rinvenire la giustificazione delle norme, via via emanate, limitative di numerosi diritti costituzionali,

²⁵ ID., *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

²⁶ ID., *op. cit.*, pp. 124-125.

²⁷ ID., *op. cit.*, p. 140.

²⁸ ID., *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

²⁹ ID., *op. cit.*, p. 115 ed., *ivi*, le note 37 e 38 che richiamano la giurisprudenza costituzionale sull'insufficienza del criterio formale, con riferimento al principio della legalità delle pene.

³⁰ Vd., per tutti, N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. VI-IX.

³¹ Vd. M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 110.

alcuni dei quali sono definiti *inviolabili* dalla stessa Carta costituzionale, come si preciserà nel prossimo paragrafo. Nondimeno, l'interpretazione delle norme contenute nel "Codice" infirma la predetta conclusione.

Dal punto di vista *letterale*, invero, *nessuna disposizione* dei cinquanta articoli che lo compongono, *prevede*, tra i «mezzi e [i] poteri straordinari» di cui all'art. 7, co. 1 lett. c), la *potestas di "modificare" in pejus* le norme costituzionali concernenti il diritto e la procedura penale. Il che costituisce una traccia inequivocabile – sia sul piano logico-linguistico, sia su quello teleologico – dell'assoluta mancanza della volontà, da parte della legge, di attribuire alla *Protezione civile* il compito di assumere pieni poteri e, in tal guisa, "sopprimere", se pur provvisoriamente, le norme costituzionali relative al sistema penale.

L'interpretazione *logico-sistematica*, poi, elide radicalmente l'astratta possibilità giuridica che il Codice *restringa* o, addirittura, *elimini* le garanzie costituzionali in ambito penale. Per convincersene, è sufficiente ricordare l'art. 25, co. 1, sulle ordinanze di protezione civile, che ne prevede, sì, l'adozione «in deroga ad ogni disposizione vigente», ma ne subordina l'emanazione al «rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea». *A fortiori*, quando si tratta di regole³², anziché di elastici *principi*, particolarmente se di rango costituzionale.

Né dimentichiamo il magistrale insegnamento di Livio Paladin: con l'entrata in vigore della Costituzione, i criteri stabiliti nell'art. 12 delle preleggi hanno perduto gran parte di valore³³, in favore di una interpretazione che prende le mosse «dall'ordinamento costituzionale, inteso come un ordinamento vivente, che deve essere interpretato attraverso il bilanciamento dei diritti, dei doveri e delle libertà³⁴. Anche in quest'ultima prospettiva ermeneutica, però, la ricostruzione a ritroso della «catena», che pur ha il pregio della linearità geometrica, non riuscirebbe a rinvenire nel "Codice" l'anello o la bitta d'attracco, capaci di giustificare il sacrificio delle garanzie costituzionali, di diritto e procedura penale. La qual cosa emergerà – come ci auspichiamo – dalle osservazioni che ci accingiamo a svolgere. Pena, altrimenti opinando,

³² Vd. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 1982, pp. 90-99 e *passim*; cfr., altresì, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 182 ss.

³³ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 108 ss. In senso adesivo, più di recente, vd. A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, Giuffrè, 2008, vol. II, tomo II, spec. p. 24 dell'estratto.

³⁴ Cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento, op. cit., loc. ult. cit.*

la fondatezza della critica notoriamente mossa alla “norma fondamentale” di kelseniana memoria: la “collocazione” di un triangolo sul suo vertice, anziché sulla sua base, con le inevitabili conseguenze negative sulla sua stabilità.

A questo punto, si profila la necessità di sostituire all’immagine lineare della «catena», la rappresentazione *a rete* dei valori di diritto penale e processuale – tutelati dalle norme costituzionali ed ordinarie – da bilanciare secondo il parametro della *ragionevolezza* e dei conseguenti criteri di *necessità, sufficienza e proporzionalità*, come scolpiti dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale³⁵.

4. Le garanzie costituzionali violate dalle disposizioni originarie sul processo a distanza: cenni introduttivi

La decretazione d’urgenza ha seguito due direttrici, in relazione al procedimento penale.

La prima, concernente *il tempo* del procedere, ha fatto ricorso alla sospensione dei termini della prescrizione del reato e dei termini di fase delle misure cautelari in corso³⁶, in forza dell’art. 83, co. 2 e 4 del d.-l. 17 marzo 2020, n. 18 (e successive proroghe).

La seconda, invece, rivoluzionando *il modo* sia del cd. *giudizio-attività*, sia del cd. *giudizio-risultato*, ha previsto il cd. procedimento “*da remoto*”, ex art. 83, co. 12 e 12-*bis* del citato d.-l., ed ha introdotto la regola – per il giudizio in Cassazione – della decisione dei ricorsi proposti per la trattazione a norma degli artt. 127 e 614 c.p.p. in camera di consiglio, «senza l’intervento del procuratore generale e dei difensori delle altre parti, salvo che la parte ricorrente faccia richiesta di discussione orale», nel rispetto delle forme e dei termini stabiliti nel comma 12-*ter* del menzionato articolo.

La prima direttrice, pur disciplinando *il tempo* del procedere che rappresenta un problema cruciale della procedura penale³⁷, è estranea al nostro tema d’indagine che, invece, ha di mira precipuamente il cd. *giudizio-attività*³⁸. È opportuno porre in luce, in ogni caso, che le disposizioni dettate dall’art. 83, dal co. 1 al co. 3 del d.-l. n. 18 del 17 marzo 2020 (poi convertito in legge da L. 24 aprile 2020, n. 27) – *i.e.* la sospensione di

³⁵ Ne disegna un chiaro quadro A. MORRONE, *Bilanciamento*, cit., p. 16 ss. dell’estratto.

³⁶ Cfr. L. STORTONI, *L’imputato*, cit., pp. 2-5 (sulla custodia cautelare) e pp. 8-9 (sulla prescrizione).

³⁷ Vd. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, Giuffrè, 1998.

³⁸ Distingue il *giudizio-attività* dal *giudizio-risultato* R. E. KOSTORIS, voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. it.*, Treccani, VI Agg., Roma, 1997, p. 1 ss. dell’estratto.

termini «per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti [...] penali» – sono *rinforzate* dalla norma che dispone la *sospensione*, per lo stesso periodo, tanto del corso della prescrizione del reato, quanto dei termini cd. di fase, *ex art.* 303 c.p.p., e di quelli di durata massima delle misure diverse dalla custodia cautelare, giusta l'art. 308 c.p.p.

Ne discende che la libertà personale dell'imputato – e questo vale anche nel caso della prescrizione – viene “funzionalizzata” e “strumentalizzata” per il conseguimento di esigenze che sono estranee sia alla cautela degli scopi del processo, sia alla presunzione di non colpevolezza, che deve orientare l'interpretazione, quando questa è ardua, a fronte del “*vuoto dei fini*” che, notoriamente, affligge la disciplina contenuta nell'art. 13 Cost.

Inevitabile, a questo punto, è la violazione del principio della *inviolabilità* della libertà personale che assurge al rango di *regola*, in forza dell'art. 13, co. 1 Cost. Risultano non rispettate, inoltre, le “riserve” tassativamente stabilite nella norma-eccezione (cioè, l'art. 13, co. 2 Cost.). Tra queste spicca la “riserva di legge”, incisivamente ricordata da Giovanni Flora³⁹ sull'onda dell'indimenticabile insegnamento di Franco Bricola, il quale la definì una riserva (anche) di *modo di disciplina*⁴⁰. Con la conseguenza che essa si estende pure ai corollari del *nullum crimen sine lege*, tra i quali è compreso il divieto di retroattività, violato invece dalle disposizioni in esame.

Inoltre, questa strumentalizzazione (vedremo poi a favore di quale interesse) della libertà personale è irragionevole, perché – come autorevolmente ha rilevato Luigi Stortoni – rimane irrisolta la questione «se l'eccezionalità della situazione in atto giustifichi il protrarsi dei termini di prescrizione»⁴¹, soprattutto allorché si riconosca il fondamento costituzionale di siffatta causa estintiva del reato⁴².

Inoltre, senza alcun intento di celia, la decretazione d'urgenza *limita*, più severamente, uno dei fondamentali diritti dell'uomo – la libertà personale – nonostante sia pacifica e notoria l'“*innocenza*” di ogni imputato (e finanche dei rispettivi difensori) in relazione alla causazione ed alla successiva diffusione della cd. “polmonite cinese”.

³⁹ G. FLORA, *COVID regit actum*, cit., p. 7.

⁴⁰ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, Utet, 1973, p. 38 ss., spec. p. 41 ss.

⁴¹ Così L. STORTONI, *L'imputato*, cit., p. 9 ed, *ivi*, nt. 15 con riferimenti bibliografici. Vd., successivamente, le due ordinanze, entrambe del 21 maggio 2020, con le quali il Tribunale di Siena, in composizione monocratica, ha sollevato d'ufficio questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, co. 4 del d.-l. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito dalla L. 24 aprile 2020, n. 27), in relazione all'art. 25, co. 2 Cost. e, più in particolare, per contrasto con il sotto-principio di irretroattività della legge penale sfavorevole al reo.

⁴² Sulla natura sostanziale di questo istituto cfr. A. MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, Utet, 1966, p. 679 ss., spec. p. 680 ss.

Da ultimo, non ricorre, nel caso della *COVID19*, la necessità – tipica, invece, del *iustitium* – che imponeva ad ogni magistrato precedente di astenersi dal compiere le attività inerenti alla propria carica (*nihil pro magistratu agere*)⁴³, poiché, dal momento dell'indizione del *tumultus*, ciascun magistrato doveva servire in armi e difendere Roma quando questa era dichiarata «*en danger*»⁴⁴.

Il che aggrava ulteriormente l'irragionevolezza della norma che dispone la sospensione dei termini della prescrizione del reato e dei termini di fase delle misure cautelari. Infatti, la sospensione viene disposta in via generale, dal comma 9 del predetto art. 83, con la sola eccezione dei casi indicati al comma 3.

Ne consegue che la sospensione *ex lege* opera senza tener conto né della *pluralità* dei «capi degli uffici giudiziari», legittimati ad adottare le misure indicate dalla lettera *a)* alla lettera *f)* del comma 7, né dell'*ampiezza* del catalogo delle misure, enumerate dal d.-l., ma rimesse alla *discrezionalità* (tecnica?) di ciascun capo degli uffici giudiziari. Si staglia, così, un duplice pericolo: da un lato, quello di un effetto pulviscolare, all'interno ed all'esterno di ciascun distretto di corte di appello; da un altro, quello di un trattamento diseguale di situazioni processuali identiche.

Da ultima, ma non per importanza, la *delega in bianco* in favore di *ciascun capo* dei singoli uffici giudiziari (tribunali, corti d'appello, corte di cassazione e procure della Repubblica).

Avremo modo di ritornare sulla *ratio* ispiratrice delle norme sulla predetta sospensione dei termini, allorquando le confronteremo con quelle sul processo a distanza, anche nella prospettiva della presunzione di non colpevolezza.

5. Le nuove disposizioni sul “*modo*” del giudizio-attività ed i rispettivi corollari, processuali e costituzionali

I provvedimenti emergenziali hanno modificato non soltanto *il tempo* dei procedimenti in corso, ma ne hanno alterato, soprattutto, *il modo*, vale a dire *le forme*⁴⁵,

⁴³ Così, testualmente, L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, cit., p. 133 che cita, al riguardo, le parole di Tito Livio.

⁴⁴ L'espressione è di É. CUQ, s.v. '*Justitium*', citato da L. GAROFALO, *op. cit.*, p. 128 ed, *ivi*, nt. 40.

⁴⁵ Su questo concetto: M. NOBILI, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re. «Voi invocate le forme perché non avete principi?»*, in *Critica del diritto*, 1994, p. 66 ss. Cfr., inoltre, A. CAMON, in AA.VV., *Fondamenti di Procedura Penale*, Vicenza, Wolters Kluwer -Cedam, pp. 3-9, dove indica due scopi delle *regole* e *forme* che imbrigliano il processo penale: la *guida* di un percorso di conoscenza, il primo; il *controllo* dell'uso di quella forza che

rivoluzionando con pochi tratti di penna alcuni “istituti”, che sono decisivi per disegnare il volto, accusatorio o no, del processo penale. La qual cosa, come preciseremo nelle annotazioni finali, è la conseguenza di scelte – tattiche e strategiche – affatto diverse da quelle che hanno ispirato le nuove regole sul *tempo* del procedere, anche perché le prime sono state realizzate con il metodo proprio di coloro che conoscono bene la *law in action*.

Le «videoconferenze» o i «collegamenti da remoto» – di cui ai commi 12 e 12-*bis* della L. 24 aprile 2020, n. 27 – dissolvono il canone dell’*unità di luogo* che, dall’antichità sino al c.p.p. ’88, aveva sempre regolato lo svolgimento dell’udienza, stabilendone *il dove* – cioè l’*aula di udienza*, ex artt. 471, co. 2 c.p.p. e 146 Disp. Att. –, vietando la *presenza* a persone armate (art. 471, co. 4 c.p.p.) e prescrivendo la *espulsione* di quelle che ne turbano il regolare svolgimento (*ibidem*). Con l’eccezione del dibattimento a distanza (art. 146-*bis* Disp. Att., aggiunto dalla L. 7 gennaio 1998, n. 11, con successive sostituzioni e modificazioni), consentito però nei soli casi elencati da tale norma⁴⁶.

Nell’aula di udienza per il dibattimento, la *presenza fisica* del giudice, del pubblico ministero, dei difensori e delle parti private è ribadita pure dai commi 2 e 3 dell’art. 111 Cost., per il tramite della proposizione «davanti a [o] al giudice» che presuppone la loro contemporanea presenza *in corpore*, non *in imagine*⁴⁷.

Platone, nel descrivere le «procedure per celebrare i processi», rimarcava che, prima di giungere al voto, «i giudici dovranno disporsi *di fronte* all’accusatore e all’accusato, *l’uno vicino all’altro* [...]»⁴⁸, allo scopo di ascoltare i discorsi e di interrogare l’accusato⁴⁹.

La «posizione dei soggetti» – commenta Massimo Nobili – implica sia il principio d’«immediatezza», sia quello del «contraddittorio»⁵⁰.

il processo penale esercita immancabilmente, anche *prima* dell’eventuale sentenza di condanna, così infliggendo sofferenza, il secondo.

⁴⁶ Cfr. M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative - L’esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, Giappichelli, 2012 e, più di recente, N. TRIGGIANI, *La partecipazione a distanza*, in *La legislazione antimafia*, diretto da E. MEZZETTI e L. LUPÀRIA DONATI, Bologna, Zanichelli, 2020, p. 526 e ss.

⁴⁷ È bene, al riguardo, non dimenticare l’avvertimento di René Magritte, *La trahison des images*: «*Ceci n’est pas une pipe*», apposto come didascalia alla sua rappresentazione pittorica di una pipa.

⁴⁸ PLATONE, *Leggi*, IX 855d, in *PLATONE - Tutti gli scritti*, (a cura di G. REALE), Firenze-Milano, Bompiani, 2018, p. 1648; il corsivo è nostro.

⁴⁹ ID., *op.cit.*, *loc. cit.*

⁵⁰ M. NOBILI, *L’immoralità necessaria - Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 135, n. 310.

Le disposizioni della decretazione d'urgenza non violano soltanto le regole contenute nell'art. 111, co. 2 e 3 Cost., ma confliggono pure con la *legalità* stessa della giurisdizione penale, ex art. 111, co. 1 Cost., e con la identità gnoseologica del contraddittorio nella formazione della prova, che è garantita, convergentemente, sia dall'art. 111, co. 4 Cost., sia dalla *necessaria effettività* della difesa tecnica, postulata dall'art. 24, co. 2 Cost.⁵¹.

Le norme emergenziali, quindi, *disarticolano* i pilastri portanti del giusto processo. Ovvero, l'*immediatezza* ed il *contraddittorio di tipo dialogico*, che vengono preclusi o fortemente limitati dalla diversità qualitativa della *connessione digitale* rispetto alla *comunicazione tra presenti*.

V'è, poi, un ulteriore ed importante aspetto, che Oliviero Mazza⁵² ha decifrato con la consueta acutezza: il «malinteso mito del progresso» – alimentato dalla retorica imperante «dell'era digitale»⁵³ – corre il rischio, come tutti i miti, di diffondere una falsa storia. Esso, infatti, si fonda, da una parte, su una disposizione in bianco (il comma 12-*bis* del predetto art. 83) che non disciplina, nemmeno vagamente, i requisiti tecnici

⁵¹ Per la tesi della radicale incompatibilità della formazione digitale delle prove dichiarative con il principio del contraddittorio, vd. F. ALESSANDRONI, *Videotestimonianza, esigenze del contraddittorio e diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2890 ss., spec. p. 2898 ss.; G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, p. 382 ss.; ID., *Quella "fragile" disciplina eccezionale contraria ai principi di diritto internazionale*, in *Guida al diritto*, 1998, n. 7, p. 47 ss. In favore della tesi contraria, cfr. G. GIOSTRA, *Il processo penale «contro» la criminalità organizzata: rischi di strumentalizzazione*, in AA.VV., *Lotta alla criminalità organizzata; gli strumenti normativi*, (a cura di G. Giostra e G. Insolera), Milano, Giuffrè, 1995, p. 158; ID., *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari-Roma, Ed. Laterza, 2020, p. 44 ss. e p. 65 ss., dove, però, l'A. sottolinea l'importanza dell'*oralità* e della *contestualità* del confronto, per un verso, e, per un altro, la rilevanza delle *modalità*, del *tono*, del rapporto con l'interpellante, ai fini del risultato epistemologico dell'esame incrociato di tipo "poietico" (p. 45).

Per una soluzione intermedia: M. DANIELE, *La formazione digitale*, cit., pp. 22-26.

Importanti questioni di metodo vengono affrontate, dal punto di vista dell'«uomo in quanto *umano*» da H. ARENDT, *Verità e politica. La conquista dello spazio e la statura dell'uomo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004, p. 95 ss., dove l'Autrice cita la frase del fisico che scoprì il principio d'indeterminazione, Werner Heisenberg, da noi posta in esergo di questi appunti.

⁵² O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Archivio Penale*, 2020, n. 1, p. 1 ss. Nella medesima direzione critica, cfr. V. MANES – L. PETRILLO – G. SACCONI, *Prime note sull'illegittimità costituzionale dell'art. 83 D.L. 17.03.2020, n. 18*, in www.camerapenaleirpina.it, spec. p. 4 ss. dove, tra l'altro, si richiama C. Cost., sent. n. 230 del 2013 sulla dubbia compatibilità con l'art. 77 Cost. della decretazione di urgenza, che introduca riforme organiche.

⁵³ ID., *op. cit.*, p. 2. Esemplare la delibera del Consiglio Superiore della Magistratura, del 14 ottobre 2015, la quale raccomanda di rifuggire «dalla semplificazione efficientista per cui più informatizzazione significa più efficienza, processi più rapidi e maggiore produttività» (p. 3).

minimi delle videoconferenze e, da un'altra, su un «provvedimento» *ad hoc* del Direttore generale dei sistemi informativi del Ministero⁵⁴.

Con il corollario che la salvaguardia del contraddittorio e la effettiva partecipazione delle parti non sono regolate, con precisione e con determinatezza, dalla legge, bensì risultano rimesse alle scelte di un Dirigente della p.a. ed affidate alla fideistica presunzione di efficienza, se non di onnipotenza, degli strumenti digitali.

Quindi, la mancanza di paradigmi rigidi, fissati *a priori* dalla legge, trasferirà il controllo dell'efficienza delle opzioni del predetto Dirigente ministeriale nel divenire di ciascuna udienza. Con la prevedibile proliferazione di controversie incidentali sulla *possibilità* o no del collegamento digitale («*ove possibile*», si legge nel comma 12 dell'art. 83) e sulla idoneità o no dello stesso «*a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti*» (come stabilito, con insopportabile vaghezza, dal successivo comma 12-*bis*).

Quest'ultima disposizione del citato art. 83 utilizza come scudo la sentenza della Corte Costituzionale⁵⁵ che, nel 1999, dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e ss. della L. 7 gennaio 1998, n. 1, sollevata in riferimento agli artt. 3, 10, 13, 24 e 27 Cost. Tra l'altro, la motivazione (che non fu redatta dal Relatore – G. Vassalli – bensì da un altro Giudice – F. Contri –) rilevò che la normativa in esame era immune da vizi, avendo «tracciato un esauriente sistema di “risultati” [...]» e dovendo il collegamento a distanza «essere realizzato con modalità tali da rendere “effettiva”, e dunque concreta [...] la possibilità di percepire e comunicare [...]». Nella medesima direzione, anche linguistica, si sviluppa il comma 12-*bis* citato.

È d'uopo rilevare, in senso contrario alla predetta motivazione, che la riserva di legge è – come abbiamo già ricordato – (anche) riserva di *modo di disciplina*: la legge, quindi, è deputata a stabilire, particolarmente nel campo della procedura penale, *il modo, il come, il quando e il soggetto funzionalmente competente* a compiere l'attività dovuta. Soltanto se viene rispettato il requisito della *tassatività* e della *determinatezza*, la legalità può dirsi osservata.

L'evocazione degli obiettivi finalistici, cioè dei “risultati”, può essere utile per l'interpretazione teleologica della norma, ma non è sufficiente per adempiere la *ri-*

⁵⁴ ID., *op. cit.*, p. 4.

⁵⁵ Vd. Corte Cost., sent. 22 luglio 1999, n. 342, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 76 ss., con nota critica di C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, *ivi*, p. 79 ss. Cfr., inoltre, Corte Edu, 5 ottobre 2016, Viola c. Italia.

serva di modo, che la Dottrina penalistica ha indicato come requisito costitutivo necessario della riserva assoluta di legge⁵⁶. Si pensi, a mo' di esempio, alla «libertà personale»: le garanzie stabilite nel comma 2 dell'art. 13 Cost. esigono che la legge preveda i *cas*i ed i *mod*i, nei quali può essere effettuata la restrizione della libertà. Ne consegue che la legge ordinaria violerebbe la riserva *de qua*, se si limitasse a proclamare l'inviolabilità di tale diritto di libertà, senza però indicare *i cas*i ed *i mod*i, cioè il *quomodo*⁵⁷.

A fortiori nella fattispecie *ex art.* 83, co. 12-*bis*, nella quale la vaghezza del precepto è talmente elevata da trasformarla in *norma simbolo*, che trasferisce la disciplina finale del *modo* in capo alle parti ed al giudice del giudizio penale. Cioè, in capo a soggetti privi del potere di legiferare.

Il controllo *a posteriori*, inevitabilmente, si frantumerà in *opinioni* – soggettive e relative – destinate a contrapporsi irreversibilmente, senza un bilanciamento razionale tra l'*essere* ed il *dover essere*⁵⁸, nonostante l'*effettività* della partecipazione delle parti costituisca la stella polare della validità processuale dell'attività delle parti in udienza.

Il risultato finale è il timore che il processo penale – disciplinato nell'art. 111 Cost. e nelle norme del codice di rito del 1988 – sia stato già infettato «dal virus che ha elettrizzato i “daremotisti” della prima e dell'ultima ora», come ha argutamente scritto Giovanni Flora, in relazione al d.-l. 17 marzo, n. 18⁵⁹.

Ma l'art. 3, co. 1, lett. *d*) del d.-l. 30 aprile 2020, n. 28 induce a *sperare* che il *giusto processo* sia stato (per ora?, aggiunge Flora, con prudenza) salvato *in extremis* dal suddetto *virus*.

Nondimeno, si tratta soltanto di una speranza (anziché di una prognosi ragionata), il cui conseguimento è ostacolato – come diremo alla fine del ragionamento – da numerosi “fattori”: il malinteso mito del progresso si affianca all'idea che il processo

⁵⁶ Vd. per tutti A. PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, spec. pp. 700-701, e M. GALLO, *Appunti di diritto penale, Vol. I, La legge penale*, Torino, Giappichelli, 1999, spec. p. 19 ss. sulla «norma penale reale», composta da regole sostanziali e da regole processuali.

⁵⁷ Sulla necessità che la norma procedurale penale determini il *quomodo*, vd. C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato*, cit., spec. pp. 80 e 81, dove l'A. rimarca che il diritto processuale è «scienza pratica», per un verso, e, per un altro, che l'espressione impiegata dalla Corte Costituzionale è “tautologica”, perché essa non stabilisce *se “e come”* la norma in esame assicuri le esigenze del diritto di difesa.

⁵⁸ Rinviamo alle considerazioni, di tipo scientifico, sui mezzi tecnici disponibili, svolte da G. DI CHIARA, «*Come s'uno schermo*». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, in AA.VV., *Imputazione e prova nel dibattito tra regole e prassi*, Atti del XXXI Convegno Nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale (Campobasso, 13-14 ottobre 2017), Milano, Giuffrè, 2018, spec. pp. 136-140.

⁵⁹ G. FLORA, *COVID regit actum*, in *diCrimen* (13 maggio 2020), cit., p. 2.

sia la sede della realizzazione del potere punitivo, piuttosto che il “luogo” destinato a limitarlo, nel rispetto della legalità processuale penale⁶⁰.

Ai “fattori” sopra indicati si aggiunge, poi, il più recente *idolum fori*, veicolato dallo slogan: “*l’informatica ha cambiato il mondo, dunque anche il processo penale deve mutare*”.

Pur a condividerne la premessa iniziale, non si può, tuttavia, accettare la conclusione. Infatti, si deve rimarcare che *non è mutato l’uomo*, sebbene la comunicazione digitale abbia praticamente annullato la distanza spaziale tra gli interlocutori. Il riferimento all’*uomo* – ineffabile come individuo, ma identico ad ogni altro uomo nella comune fragilità, emotiva ed intellettuale⁶¹ – non concerne il solo imputato, ma si estende a *tutti i protagonisti* del giudizio: l’accusatore, l’accusato ed il giudice, chiamati ad adempiere un compito difficile e misterioso che culmina nell’atto del *decidere*, non sempre guidato completamente dalla legge e deputato soltanto al giudice.

Con la conseguenza che l’auspicata – dai “*daremotisti*” – “*smaterializzazione*” del processo penale recherebbe con sé il pericolo concreto della “*disumanizzazione*” dello stesso e della sua involuzione verso forme di punitivismo vendicativo⁶², più vicino alla rabbia irrefrenabile delle Erinni che alla *mesotes aristotelica*, ispiratrice anche della sanzione penale giusta.

Senza alcun infingimento, Vincenzo Maiello denuncia, inoltre, il pericolo ulteriore che il «*monstrum* del processo penale telematico» interrompa la «emancipazione

⁶⁰ Vd. M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, Cedam, 1998, p. 181, spec. pp. 185-190 e, nel solco del pensiero del primo, L. ZILLETTI, *Il potere dei più buoni e altre sconvenienze*, Milano-Udine, Mimesis, 2020, spec. p. 135 ss.

⁶¹ Sul problema, affascinante e difficile, dell’«occhio vergine» (*innocent eye*), dell’«occhio privo di presupposti» (*unbiased eye*), delle congetture (*guesses*) e delle aspettative (*expectations*) – comune agli artisti, agli scienziati, agli storici ed ai protagonisti del processo – vd. C. GINZBURG, *Occhiacci di legno*, cit., sub *Schemi, preconcezioni, esperimenti a doppio cieco. Riflessioni di uno storico*, p. 253 ss., spec. pp. 257-261. Cfr., inoltre, le osservazioni sulla “reificazione telematica” svolte da V. MANES, *Opinioni a confronto: Manes – Terzi*, in *Associazione Extrema Ratio*, spec. p. 3 ss.

⁶² A proposito delle implicazioni morali della distanza, nello spazio o nel tempo, e sulle corrispondenti valutazioni – da Aristotele a Diderot, fino a de Chateaubriand – vd. C. GINZBURG, *Uccidere un mandarino cinese. Le implicazioni morali della distanza*, in ID., *Occhiacci di legno*, cit., p. 207 ss., dove l’A. rileva che l’*eccessiva distanza* provoca indifferenza, mentre l’*eccessiva prossimità* può scatenare sia compassione, sia una rivalità annientatrice (p. 230).

Vittorio Manes riferisce che uno studio recente, condotto dall’Università del Surrey, ha posto in evidenza il sensibile aumento del rischio di una condanna più severa e dell’inflizione di una pena detentiva, nel caso di udienze telematiche: V. MANES – G. CANZIO, *Dialogo su algoritmi e giustizialismo*, in *Il Foglio quotidiano*, 21 maggio 2020, p. V.

del diritto e delle sue forme da logiche ed assetti di disciplina autoritari»⁶³, annullando altresì il primato della *ragione discorsiva*.

L'insostenibile vaghezza dei commi 12 e 12-*bis* del citato d.-l. e la conseguente delega ad un'autorità amministrativa della selezione dei *modi* e dei *mezzi* che condizionano il contraddittorio s'irradiano, dannosamente, sui principî di *oralità*, di *immediatezza* e di *epistemologia dialettica*, che condizionano il *giusto processo*.

Il difensore tecnico viene gravato anche dal fardello del *dover essere*, egli, innanzitutto un esperto in campo informatico, pena la sua eclissi dalla scena digitale.

L'*oralità* e l'*immediatezza*, inoltre, risultano sostituite dall'*audio* e dalle *immagini*, che, come si è già detto, sono subordinati alle opzioni libere del Direttore dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero, anziché alle prescrizioni della legge, fino a ieri cadenzate dal rispetto della comunicazione orale tra persone presenti.

Il mutamento del mezzo comunicativo – il digitale, invece che *i sensi* della persona fisica, coordinati e “mirati” dalla singola *intelligenza* e dalla personale *esperienza* del processo *in action* – trasforma anche l'epistemologia della dialettica giudiziaria penale, privandola della sua essenza dialogica. Viene favorita, invece, *la connessione a distanza*, che è condizionata, per di più, dal grado di efficienza del collegamento e dai tempi e dai modi di ciascuna percezione e reazione.

Dunque, non più un *dialogo* – in certe occasioni addirittura privo di parole – ma, ben diversamente, una serie di *immagini* e *suoni* tra persone distanti, filtrati e distorti dagli *schermi* e dalle *dotazioni* della connessione digitale.

È agevole pronosticare che il declamato *contraddittorio per la prova* potrebbe tramutarsi, nel futuro prossimo, in una *disputa sul collegamento*, desolatamente priva di immediatezza, effettività e naturalità⁶⁴.

6. La *ratio* delle disposizioni emergenziali sul “*tempo*” e sulla “*forma*” del giudizio penale

Abbiamo indicato due direttrici della *manovra* realizzata dalla decretazione

⁶³ V. MAIELLO, *La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà*, in *Arch. Pen.*, 2020, n 1, pp. 1 e 2. Vd. pure S. FURFARO, *Autorità e libertà dopo il coronavirus*, *ibidem*, p. 1 ss.

⁶⁴ Sulla «smaterializzazione» del processo penale a distanza vd. G. DI CHIARA, «*Come s'uno schermo*», cit., p. 125 ss. Cfr., inoltre, G. PIZIALI, *Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 77 ss.

d'urgenza: l'una concernente *il tempo* del procedere, l'altra relativa al *modo* del giudizio penale, rinviando alle osservazioni finali il tentativo di individuare la *ratio* di queste modificazioni ed, in prospettiva, gli interessi giuridici e di politica criminale perseguiti.

Le norme dedicate al *rinvio* delle udienze penali ed alla *sospensione* dei termini per il compimento di qualsiasi atto del procedimento – eccettuati i casi enumerati nell'art. 83, co. 3 – sono state “*rafforzate*” per il tramite della sospensione, per un verso, dei termini della prescrizione del reato (a norma del comma 9) e, per un altro, dei termini di fase delle misure cautelari già in corso di esecuzione. Siffatta disciplina *contra libertatem* viola sia l'art. 25, co. 2 Cost., sia l'art. 13 Cost., poiché essa opera retroattivamente ed in aperto contrasto con la riserva di legge vigente in tema di limitazione della libertà personale. In questa direzione ermeneutica sono orientate anche le già citate due ordinanze del 21 maggio 2020 del Tribunale di Siena, in composizione monocratica, sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, co. 4 del d.-l. n. 18 del 2020.

Inoltre, risulta infranta la presunzione di non colpevolezza, stabilita dall'art. 27, co. 2 Cost., operando tale disciplina nei confronti della persona che non è stata condannata irrevocabilmente.

Ne discende, a cascata, che la “*protrazione*” del tempo necessario per l'estinzione per prescrizione del reato e di quello stabilito per la perenzione della misura cautelare consiste, in entrambi i casi, in un più severo trattamento *contra libertatem rei*, nonostante questi sia assolutamente estraneo rispetto alla genesi dell'epidemia che è l'occasione propiziatrice della duplice sospensione *de qua*. La qual cosa orienta con precisione l'indagine sull'individuazione della *ratio* del decreto-legge n. 18 del 2020: l'impiego del processo penale come strumento punitivo, finalizzato ad una vera e propria *bonifica umana*⁶⁵, realizzata coercitivamente nei confronti di coloro che sono in attesa di giudizio, senza che rilevi, a tal fine, la tutela della salute (pubblica) o la sospensione del procedimento. Nel pensiero del “governo legislatore” – ha osservato Giovanni Flora – «[n]essuno [...] deve poter dire che “un delinquente” è uscito “approfittando” della stasi processuale»⁶⁶ suggerita dalla profilassi dell'epidemia.

Dunque, *una distorsione* del processo penale, in funzione di una *punizione preventiva*, indipendentemente dalla futura ed eventuale sentenza di condanna.

⁶⁵ In tutt'altro contesto politico-culturale, vd. D. GRANDI, *Bonifica umana, Ministero di grazia e giustizia*, Roma, 1941, p. 42 ss. e p. 46 ss.

⁶⁶ G. FLORA, *COVID regit actum*, cit., p. 5.

Del tutto diverse, invece, sono la natura e la direzione finalistica delle disposizioni emergenziali sul processo penale a distanza. Esse, infatti, costituiscono il frutto di operazioni mentali tutt'altro che grossolane, anzi in verità sottili, le quali sono protese a rivoluzionare il *contraddittorio* nella formazione della prova, il *diritto di difesa* e, addirittura, le modalità sia della *discussione finale*, sia della *deliberazione collegiale*.

Una riforma dell'*intero sistema processuale*, dunque, compiuta – con esperienza sapiente – tanto per il giudizio cd. “di merito” – di primo grado e d'appello –, quanto per il giudizio “di legittimità” della corte di cassazione.

Anche alla lettura più sbrigativa non sfugge che tale seconda direttrice della riforma non è dettata dalle esigenze «di necessità e d'urgenza», correlate all'epidemia, ma risponde a motivi affatto differenti che interessano, piuttosto, *il volto* del processo, *la natura* delle prove ed *il modo* di assumere queste ultime, in vista della *discussione* e della *deliberazione*.

Fazit: il processo, in tal guisa, viene trasformato da *valore in sé* – intriso della sua finalità conoscitiva e veritativa, oltre che della sua conformità alla legge che ne regola la forma – in *strumento* del *potere giudiziario* di punire, calibrato secondo le comodità del mezzo digitale che – così ne dicono gli apologeti – garantisce distanza e brevità⁶⁷.

La *partecipazione a distanza* evoca, poi, l'ampio arco temporale dei provvedimenti legislativi che dal 1992 – anno in cui fu inserito l'art. 147-*bis* Disp. Att. c.p.p. dal d.-l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in L. 7 agosto 1992, n. 356 – ai giorni nostri hanno via via ampliato il modello di questa nuova forma processuale.

Con una differenza, però, tra l'avvio della “*lunga marcia*” e l'attuale decretazione d'urgenza: mentre la genesi della *partecipazione a distanza* ha le sue radici nel «contrasto alla criminalità mafiosa» (come si esprime l'intitolazione del d.-l. 8 giugno 1992, n. 306) e, quindi, nella costruzione del processo penale come strumento di lotta nei confronti delle persone detenute «per reati “di prima fascia”»⁶⁸, invece i commi 12 e 12-*bis* dell'art. 83 del citato d.-l. 18 del 2020 estendono il processo cd. “da remoto” *ad ogni specie di imputazione, senza più alcun riferimento* né ai delitti “di mafia”, né alla “criminalità organizzata”.

Il comma 12-*bis* sopra citato non richiede nemmeno che l'imputato sia in stato di custodia cautelare, potendo il cd. collegamento digitale essere realizzato anche se l'accusato è libero, nel caso in cui debba essere assunto l'esame di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, di interpreti, consulenti tecnici o periti.

⁶⁷ O. MAZZA, *Distopia del processo*, cit., p. 3.

⁶⁸ Così G. DI CHIARA, «*Come s'uno schermo*», cit., p. 125.

Nella legislazione precedente il processo a distanza aveva la sua giustificazione nella complessità, anche logistica, dei macro-processi, a carico di numerosi detenuti, solitamente reclusi in istituti penitenziari geograficamente distanti dal luogo dell'udienza e, quindi, era fondato sulla necessità di ridurre al minimo il fenomeno del cd. “*turismo giudiziario*”.

Ben diversamente, la recente decretazione emergenziale è protesa ad estendere il processo digitale ad *ogni imputato* ed a *qualsivoglia imputazione*, riferendosi esclusivamente alle «*udienze penali*» che «*possono essere tenute mediante collegamenti [...]*» (co. 12-*bis* d.-l. cit.). Collegamenti che, per l'appunto, questa norma *autorizza*, rendendo, in tal modo, *facoltativa* una nuova forma del procedere, che in un recente passato era subordinata, però, al rispetto di requisiti tassativi.

Ergo, una nuova morfologia processuale si affianca al modello del “*processo contro*” la criminalità organizzata e al cd. “*doppio binario*” che avevano ispirato inizialmente gli interventi legislativi in questa materia.

Prima la L. 103 del 2017 (cd. «Riforma Orlando») ⁶⁹ e, successivamente, i commi 12 e 12-*bis* del citato art. 83 hanno conferito al processo a distanza la forma *ordinaria e tipica*, anziché eccezionale, tanto del *giudizio-attività* (co. 12-*bis*), quanto della *deliberazione collegiale* che può essere assunta «*mediante collegamenti da remoto [...]*» (dove il plurale autorizza a concludere che ciascun giudice del collegio possa collegarsi da un luogo diverso da quello in cui si trovano gli altri: co. 12-*quinquies* dell'art. 83).

In questa «mutazione genetica» ⁷⁰ del processo a distanza, progressivamente emancipato da ogni riferimento “emergenziale”, si colloca anche il d.-l. n. 18 del 2020 che, disponendosi sulla scia teleologica della cd. «Riforma Orlando», svela che la *ratio* ispiratrice delle norme in esame è quella di modificare la struttura ed il divenire del procedimento penale, per il tramite di interventi su punti essenziali del medesimo, anziché quella di scongiurare la diffusione dell'epidemia. Una sorta, quindi, di scaltra attuazione tacita del notissimo: «*Se non ora, quando?*».

Una volta infranto *il sacro cerchio* – *ἱερῶ ἐνὶ κύκλῳ* – di omerica memoria, il “governo-legislatore” si è spinto addirittura a distinguere le modalità di assunzione di diverse categorie di prove dichiarative: da una parte, l'esame testimoniale, conservato nell'alveo delle forme tradizionali, da un'altra, l'assunzione delle dichiarazioni della polizia giudiziaria, di interpreti, consulenti tecnici o periti, espressamente inclusi nell'esame “da remoto”.

⁶⁹ Sulla quale cfr. N. TRIGGIANI, *La partecipazione a distanza*, cit., p. 531 ss.

⁷⁰ Vd. N. TRIGGIANI, *op. ult. cit.*, p. 532.

Come se tali ultime fonti di prova non richiedessero le medesime forme di assunzione, necessarie per la prova dichiarativa. È sufficiente pensare, per un verso, al processo penale statunitense a carico di O.J. Simpson, deciso il 2 ottobre 1995, nel quale ebbe cruciale importanza la *cross-examination* svolta dalla difesa nei confronti degli Agenti di polizia che avevano eseguito le perquisizioni ed i sequestri⁷¹. Per un altro verso, basta volgere l'attenzione all'esame dei *testimoni esperti* – consulenti tecnici e periti – in campo medico, o in altra materia tecnica, scientifica o artistica, per comprendere che la loro inclusione nella classe dell'*esame incrociato a distanza* non corrisponde ad alcuna esigenza epistemologica, se non alla “opportunità”, indicata con determinazione da *alcuni* magistrati, di acquisire la relazione scritta del perito, per poterla leggere con attenzione; senza, poi, un inutile controesame, peraltro efficacemente sostituito – così si ripete – dalla contrapposta relazione scritta del consulente tecnico di parte. Anche in questo caso, la *fictio* del contraddittorio dialettico, compiuto attraverso lo scritto, privilegiando *la scrittura e la lettura* di risultati probatori formati *prima e fuori* del giudizio, sottrae – indipendentemente dall'emergenza virale – la genesi della prova al contraddittorio ed ai suoi corollari e sostituisce, in modo silente e progressivo, il processo scritto al modello stabilito dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6, 1. e 3. della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Inoltre, in tal modo viene confiscato il diritto di difesa cd. tecnica, incentrato sul controesame – che, *iussu legis*, deve essere compiuto *direttamente dal difensore* (ex art. 498, co. 1 c.p.p.) – il quale viene condotto dopo uno studio approfondito del metodo e della terminologia usati nella comunità scientifica di riferimento, al duplice scopo di “tradurre” il lessico degli “iniziati” nel linguaggio comprensibile da chiunque – compreso il pubblico – e di porre in evidenza ogni fallacia della tesi contraria.

Ne consegue che le norme emergenziali in esame, da una parte, erodono il contraddittorio⁷² e, da un'altra, percorrono la direzione di marcia di un progetto legislativo, penale e processuale, che è stato paragonato ad una crisalide⁷³ e che continua a svilupparsi, come tutti i *works in progress*, nei “laboratori” del Ministero in Via Arenula⁷⁴, ad opera dei volenterosi collaboratori, anche “esterni”, i quali *vegliano* affinché

⁷¹ Vd. A.M. DERSHOWITZ, *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O.J. Simpson*, Milano, Giuffrè, 2007, spec. p. 41 ss.

⁷² Rimandiamo ad AA.VV., *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, (a cura di D. NEGRI e R. ORLANDI), Torino, Giappichelli, 2017 ed a M.L. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, Padova, Cedam, 2009.

⁷³ G. DI CHIARA, «Come s'uno schermo», cit., p. 125.

⁷⁴ ID., *op. ult. cit.*, p. 126.

la difesa faccia un passo indietro, il processo penale diventi *smart* e, soprattutto, sia beffardamente cinico nei confronti dell'imputato.

Dunque, un processo *a porte chiuse, sine strepitu advocatorum* ed il più possibile *distante* dall'imputato, oltre che dal pubblico.

7. La necessità di difendere “*la statura dell'uomo*” dalle erosioni del giusto processo penale

Il titolo di questo paragrafo finale è parzialmente ispirato da quello che Hannah Arendt appose allo studio concernente l'uomo, non come scienziato, né in quanto produttore o consumatore, «ma piuttosto l'uomo in quanto *umano*», a proposito dell'esplorazione dello spazio⁷⁵.

L'Autrice esaminò i risultati della scienza moderna e della tecnologia, richiamandosi, soprattutto, al pensiero di noti fisici, tra i quali Werner Heisenberg, cui appartiene la scoperta del *principio d'indeterminazione*, nel campo *sub-atomico*.

Heisenberg dedusse da questa legge, in primo luogo, che l'osservazione non è neutrale, ma è, addirittura, causa di alterazione dell'oggetto osservato. Con il corollario – rilevante ai fini della nostra indagine – che la scelta del tipo di osservazione adottata comporta che alcuni aspetti della natura sono destinati ad essere lasciati nell'ombra⁷⁶.

Pur nella consapevolezza della diversità dei metodi fondati sul calcolo e sui simboli matematici, rispetto alle “*scienze morali*”⁷⁷, riteniamo, tuttavia, che sarebbe erroneo espellere dal perimetro della conoscenza cui aspira il giudizio penale i criteri, i limiti e i “modi” epistemologici, man mano affinati dalla scienza delle leggi della natura. Anche perché la ri-costruzione di *fatti che furono*, tipica del giudizio penale, non può ricorrere al principio del *non liquet*, a differenza del mestiere dello scienziato e dello storico.

Pertanto, se il cd. “*processo da remoto*” non deve essere “venerato”, in nome di una «*intollerante fede*» nel progresso scientifico e tecnologico⁷⁸, è altrettanto vero che

⁷⁵ H. ARENDT, *La conquista dello spazio*, cit., p. 79, nt. 1.

⁷⁶ EAD., *La conquista dello spazio*, cit., p. 95.

⁷⁷ Se ci è consentito, rinviamo a E. FRAGASSO, *Diritto al controllo di legittimità e inammissibilità dei ricorsi per manifesta infondatezza dei motivi, dichiarata all'esito dell'udienza pubblica*, in *Arch. penale*, 2019, n. 2, p. 7, nt. 20.

⁷⁸ Così C. MAGRIS, *Scienziati sotto il segno del dubbio*, in *Corriere della sera*, 13 novembre 2002, p. 35, citato da G. DI CHIARA, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Criminalia*, 2007, p. 20, nt. 4.

quest'ultimo deve essere sottoposto, nondimeno, ad una valutazione razionale e completa, fondata anche sulle conoscenze prive della copertura di leggi certe ed universalmente accettate, ma pur sempre controllate nelle premesse e nella conclusione, in termini di correttezza logica.

Entro questi limiti, quindi, sembra opportuno un ulteriore riferimento alla legge d'indeterminazione, formulata da Heisenberg, ed alle sue implicazioni sul processo a distanza.

L'insegnamento del fisico, appartenente alla scuola di Lipsia, appare pertinente e importante rispetto a numerosi nodi problematici del giudizio penale.

In primo luogo, ricordiamo le icastiche parole di Franco Cordero quanto al dato che «le funzioni narrative abbiano componenti alogiche su cui è tempo perso disquisire»⁷⁹. Il fondale alogico del “*credere o non credere*” alle dichiarazioni della fonte narrativa non caratterizza la sola testimonianza, ma si estende anche alla cd. chiamata di correo, alla testimonianza *ex art. 197 bis* c.p.p., all'esame *ex art. 210* c.p.p. ed alla testimonianza della vittima, soprattutto quando versa in condizioni di particolare vulnerabilità (art. 498, co. 4 *quater* c.p.p.).

In tali casi, l'adesione o no al contenuto delle rispettive dichiarazioni dipende più raramente dalle deduzioni che dalle *emozioni* o dal «*progetto*» che viene attuato da colui il quale interpreta un testo o lo traduce da una lingua straniera. Con la conseguenza che – come ha chiarito Hans-Georg Gadamer – *il progetto* dell'interprete è esposto agli errori derivati dalle sue *presupposizioni*. Proprio come accade nel «dialogo»: ciò che «risulta» da esso non si può sapere prima. «L'intesa o il fallimento [*del dialogo*, n.d.r.] è un evento che *si* compie in noi»⁸⁰.

Dunque, non soltanto l'osservazione della natura è determinata dalla selezione del tipo di osservazione adottata, ma pure la valutazione dei risultati della prova dichiarativa è condizionata dalle *presupposizioni* che costituiscono il “*progetto*” di colui che interpreta *la prova*⁸¹ e che corrispondono alla *selezione del tipo di osservazione adottata*, studiata da Heisenberg.

Oltre al *giudice* – il quale “*agisce*” particolarmente nella fase della deliberazione e della motivazione – pure *le parti osservano, ascoltano e valutano* tutto ciò che accade

⁷⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006, 8^a ed., p. 674.

⁸⁰ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 2001, p. 314 ss. e, quanto all'ultima citazione, p. 441 ss.

⁸¹ Significativamente, la rubrica ed il testo del comma 1 dell'art. 192 c.p.p. impiegano il lemma «*prova*» al singolare, per indicare il risultato probatorio unitario del *giudizio-attività*, dal quale si sviluppa la successiva analisi, da condurre in conformità ai «criteri adottati» e nel rispetto della “completezza” dei risultati di prova acquisiti.

nel corso dell'«esperimento storiografico»⁸² che il giudizio penale realizza. Infatti, esse compiono queste attività, prima con l'esame incrociato, poi con la discussione, infine con le eventuali repliche, nei limiti della confutazione degli argomenti avversari.

La realizzazione stessa di questo esperimento storiografico esige, però, che *l'osservazione* venga effettuata nel rispetto delle tre unità di tempo, di luogo e di azione. Cioè: *nel corso della medesima udienza* – ma non necessariamente in modo sincronico, come invece, per le opposizioni formulate durante l'esame –; *nella stessa aula* – dove ogni soggetto del giudizio vede e sente gli altri, adattando le proprie iniziative a ciò che direttamente percepisce ed elabora – e *attraverso la prova orale* – ad eccezione dei casi di lettura e della partecipazione del sordo o del muto, resa possibile dall'impiego della scrittura o dalla nomina di un interprete, a norma dell'art. 119 c.p.p. – .

Invece, la previsione del collegamento digitale, nello svolgimento di questa o quella fase del procedimento, ne erode l'*umanità*, inviolabile, ed altera sia l'intervento, sia la partecipazione dei suoi protagonisti⁸³. Anziché alla natura compassionevole del rito penale, queste parole aspirano, invece, a preservare la natura logico-razionale del medesimo e la sua matrice umana.

Il requisito fondamentale della razionalità è costituito, infatti, dalla *completezza* della percezione e della valutazione di tutto ciò che avviene nel corso dell'esperimento storiografico del quale si è già detto, ed è, a sua volta, subordinato pure all'*imparzialità* della valutazione dei risultati acquisiti, senza pregiudizi ed aspettative.

Il *tipo di osservazione*⁸⁴ somministrato dal collegamento a distanza nuoce gravemente alla *completezza*, poiché preclude o almeno riduce notevolmente la *veduta panoramica* ed

⁸² Vd. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 32.

⁸³ Di opposto parere è, invece, S. LORUSSO, *Un patto tra magistrati e avvocati per sveltire il processo penale*, in *Il Sole 24 ore*, 25 maggio 2020, p. 27. L'A. esclude le “modalità in presenza” per gli «atti e attività d'indagine compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero», in considerazione della loro unilateralità, e per le «udienze destinate a meri adempimenti formali», cioè le cd. “udienze filtro”, oppure per quelle dedicate «al più, all'esame di questioni processuali». Dobbiamo replicare, da un lato, che gli atti d'indagine compiuti unilateralmente non sono affatto privi, per questa ragione, di attitudine probatoria *contra reum* e, da un altro, che il rispetto della forma giuridica degli atti del processo non attiene agli *accidentalia* del giudizio, come ha perspicuamente dimostrato D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 43, spec. p. 47 ss. sulla «stretta aderenza» del processo accusatorio al canone di legalità e sulla decisività dello «schermo della legge» per la difesa dell'individuo dagli attentati alla sua libertà, inferti «coi modi stessi» di compiere le indagini da parte dell'autorità (p. 49).

⁸⁴ Sulla scoperta di Niels Jerne – la quale gli valse il Nobel per la medicina e fisiologia – che il *sistema immunitario* possiede un livello di complessità che suggerisce analogie, più o meno superficiali ma comunque sorprendenti, con il *linguaggio umano*, vd. A. MORO, *Parlo dunque sono*, Milano, Adelphi, 2012, p. 79 ss.

in grandezza naturale di tutti i protagonisti, oltre che l'effettività di una vera e propria *conversazione*, alla quale esso sostituisce una comunicazione che Di Chiara denomina, efficacemente, «modalità “rice-trasmittente” (c.d. *walkie-talkie* modo), cioè a turno»⁸⁵.

Il cd. processo “da remoto”, poi, aggrava, esponenzialmente, queste patologie, in ragione del fatto che sono più di una le persone tra loro distanti e, consequenzialmente, sono maggiori le difficoltà causate dai numerosi collegamenti per il tramite della telecomunicazione *video* ed *audio*.

Ne discende che la pur abile difesa del *processo a distanza* – dispiegata da Giuseppe Di Chiara contro le «voci nostalgiche», vibrante «a intonare dolenti orazioni funebri sulla violazione del contraddittorio [...]»⁸⁶ – non può valere, oggi, per il ben diverso processo “da remoto”, assai più lesivo del contraddittorio, rispetto al processo *ex art. 146-bis Disp. Att. c.p.p.*

A quella difesa si contrappongono due ragioni: l'una di tipo logico-giuridico; l'altra di ragion pratica.

La prima confutazione discende dal carattere circolare e perciò tautologico che vizia il cuore argomentativo della tesi di Di Chiara: l'asserzione, cioè, che il modello processuale disciplinato nell'*art. 146-bis Disp. Att. c.p.p.* sia soltanto «una modalità alternativa di esercizio del diritto»⁸⁷, avente ad oggetto la difesa e la presenza fisica.

Infatti, l'evocazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 342 del 22 luglio 1999 non è sufficiente, dovendosi dimostrare che la (soltanto affermata) modalità alternativa di esercizio di quel diritto sia «*equivalente*» o «*equipollente*» a quell'altra forma “*in presenza*”, rispetto alla quale si asserisce apoditticamente l'alternatività della prima.

Se, invece, non viene dimostrato il requisito dell'*equivalenza* della connessione digitale rispetto alla modalità tradizionale, si profila soltanto un rapporto di *equiparazione* tra le due modalità, le quali, alla fine, rimangono *qualitativamente diverse* l'una dall'altra⁸⁸, sia sul piano letterale, sia su quello del lessico della logica formale⁸⁹. Altrimenti, s'incorre nell'erronea identificazione della *coordinazione alternativa* – noto-

⁸⁵ G. DI CHIARA, «*Come s'uno schermo*», cit., p. 140.

⁸⁶ ID., *Il canto delle sirene*, cit. p. 22.

⁸⁷ ID., *op. ult. cit., loc. cit.; contra*, C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato*, cit., p. 79 ss.

⁸⁸ Cfr., volendo, su questo genere di problema, E. FRAGASSO, *Profili problematici della pena attraverso il prisma del «patteggiamento»*, in *Persone e sanzioni – Presupposti soggettivi, previsione, comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali*, (opera diretta da M. RONCO), Bologna, Zanichelli, 2006, p. 685 ss., spec. p. 719 ss. e p. 725 ss.

⁸⁹ Sulla nozione di «*equivalenza logica*» e sulle modalità espressive delle corrispondenti proposizioni composte vero-funzionali, cfr. COPI-COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna, il Mulino, 1997, p. 718.

riamente espressa dalla disgiuntiva latina *aut* – con la *coniunzione estensiva-inclusiva*, rappresentata dall'accrescitivo latino *vel* (*anche, magari, persino*).

Il che fa riscontro a quanto ha impeccabilmente dimostrato Carlotta Conti⁹⁰: «presenza» e «partecipazione effettiva» costituiscono i termini di una endiadi, cioè sono «due parole tra loro complementari, la cui unione esprime un unico concetto», pena la fallacia della tautologia.

La seconda ragione è offerta dalla improrogabile necessità di collocare nuovamente l'*humanitas* al centro del giudizio penale, così contrastando la deriva punitivistica e cinica che ormai dilaga.

Se la “fede” nella tecnologia inducesse a dimenticare, come una sirena della post-modernità, che essa è il prodotto finale dell'intelligenza dell'uomo, facendo credere, invece, di essere il suo principio originario, allora «la statura dell'uomo non sarebbe semplicemente abbassata [...] ma verrebbe distrutta»⁹¹.

Qui ed ora, numerosi e gravi sintomi inducono, purtroppo, a riservare la prognosi sulle conseguenze del dominio crescente della tecnologia, particolarmente in considerazione delle disposizioni processuali in esame.

Giuseppe Bettiol ha insegnato che il processo penale, oltre che spazio giuridico, è anche *cultura, filosofia e politica*⁹². Massimo Nobili, poi, ha avvertito che ogni problema della «giustizia penale» resta «destinato all'intelligenza di chi giurista non è»⁹³.

Quindi, il salvamento dell'uomo, anche dalla tirannide tecnologica, compete a ciascun uomo, soprattutto se è uno dei protagonisti del procedimento penale. A questo scopo egli deve ispirarsi al paradigma dell'*homo homini homo*, guidato – come ha spiegato Mauro Ronco – dal «riconoscimento del primato della ragione umana, capace, sia pur con difficoltà, di ordinare secondo giustizia la terra»⁹⁴.

Con la speranza, infine, che, in tal guisa, si riesca a *dialogare* anche con gli irridenti critici delle voci nostalgiche, le quali si ostinano a difendere l'antico contraddittorio a misura d'uomo.

⁹⁰ C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato*, cit., p. 82 e p. 84.

⁹¹ H. ARENDT, *La conquista dello spazio*, cit., pp. 98 e 99.

⁹² G. BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 2^a Ed., Padova, Cedam, 1973, pp. 139-148.

⁹³ M. NOBILI, *L'immoralità necessaria*, cit., p. 14.

⁹⁴ M. RONCO, *Sull'amor di Patria*, in *Scritti patavini*, Tomo II, Torino, Giappichelli, 2017, p. 1907.