

# IL PROCESSO PENALE DI FRONTE ALL'EMERGENZA PANDEMICA\*

*Luca Marafioti*



SOMMARIO 1. Ondate pandemiche e legislative sul processo penale. — 2. Protrarsi dell'emergenza e "onda lunga" della contro-riforma. — 3. Uscita dal tunnel dell'emergenza sanitaria ed ulteriore sintomatica della crisi del processo penale.

## 1. Ondate pandemiche e legislative sul processo penale

Dedicare alcune notazioni ad un tema di bruciante attualità, quale quello dell'emergenza pandemica, dall'angolo visuale del processualpenalista implica necessariamente una piccola "pausa di riflessione".

Di fronte al rapido susseguirsi delle iniziative governative imposte dai tempi contingentati dell'emergenza sanitaria, siamo stati costretti ad arrestarci all'improvviso, quasi scendessimo da una giostra in corsa, per meditare sul nuovo volto assunto dalla giustizia penale. Si accusa, invero, un fastidioso capogiro qualora ci si accinga a riflettere sulle implicazioni legate alla gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, giacché l'impressione che si avverte è quella di essere in presenza di una matassa di cui è difficile tenere il filo mentre la si prova a dipanare e di fronte alla quale risulta assai faticoso mostrare anche il più cauto ottimismo.

Abbiamo vissuto di recente e continuato a vivere nei tempi presenti una situazione che ci ha portato a modificare il nostro lessico: tanto che ormai abbiamo imparato a parlare e a ragionare in termini di "ondate", non più solo con riferimento all'emergenza sanitaria, nel cui ambito è stata coniata e viene correntemente utilizzata, ma anche e soprattutto nell'ambito della normativa e dell'esperienza del processo penale, a cui pure tale terminologia ben si attaglia.

Abbiamo subito il tremendo impatto della primissima – e più inquietante –

---

\* Si tratta della versione rielaborata e corredata da note degli interventi tenuti agli Incontri "*Il processo di fronte all'emergenza pandemica*", 5 febbraio 2021, indetto dalla Scuola di Specializzazione dell'Università di Pisa, con la collaborazione dell'Ordine degli Avvocati di Pisa, e "*Il processo penale apparente*", 25 marzo 2021, organizzato dalla Camera Penale di Milano – Gian Domenico Pisapia, in memoria dell'Avv. Carlo Gilli, contributo destinato alla pubblicazione negli "*Scritti in onore di Antonio Fiorella*".

“ondata”; e, così come siamo stati terribilmente spaventati dalla prima ondata pandemica, allo stesso modo anche la legislazione processuale ha mostrato un atteggiamento – forse troppo ed inutilmente – intimorito.

Ne è scaturita una inquietante sensazione: uno dei tre poteri fondamentali dello Stato si è sostanzialmente “chiuso in casa”, interrompendo pressoché ogni aspetto dell’attività giurisdizionale<sup>1</sup>. La scelta politica di fronte all’emergenza pandemica è stata quella, infatti, di sospendere l’esercizio di uno dei poteri dello Stato, secondo una logica del “tutti a casa”, distante anni luce da quella che ricorda il titolo del romanzo di Sciascia, vale a dire “Porte aperte”.

E così, nell’immediatezza della diffusione del *virus*, il legislatore, mediante il d.l. 8 marzo 2020, n. 11, ha adottato, per le prime settimane, una serie di misure straordinarie ed urgenti, quali il rinvio in tutti gli uffici giudiziari – salvo alcune eccezioni – delle udienze nei procedimenti civili, penali, tributari e militari; la sospensione dei termini processuali relativi ai suddetti procedimenti<sup>2</sup>; l’adozione di misure organizzative da parte dei capi degli uffici giudiziari per limitare gli accessi agli uffici stessi<sup>3</sup> e la limitazione dei colloqui in carcere e della concessione dei permessi premio e della semilibertà.

Senonché, durante l’attuazione di questo provvedimento è sopraggiunta, a distanza di pochi giorni, l’emanazione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (decreto Cura Italia), convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27.

Ad integrazione e parziale sostituzione di quanto contenuto nel d.l. 8 marzo 2020, n. 11, il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 ha contemplato una serie di interventi che hanno interessato il settore giustizia, concentrati in alcune disposizioni. Si tratta, anzitutto, dell’art. 83 rubricato «*Nuove misure urgenti per contrastare l’emergenza epi-*

<sup>1</sup> Sulla paralisi dell’attività giudiziaria nella normativa dell’emergenza sanitaria, efficacemente, E. AMODIO-E.M. CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, in *Sistema penale*, 5/2020, p. 269.

<sup>2</sup> In particolare, l’art. 1, d.l. n. 11/2020 aveva previsto, tra le altre misure, il rinvio d’ufficio – a data successiva al 22 marzo 2020 – per le udienze dei procedimenti penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari e la sospensione dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti, ad eccezione dei procedimenti penali considerati dall’art. 2, comma 2, lett. g), dello stesso decreto.

<sup>3</sup> Sempre secondo la disposizione di cui l’art. 1, d.l. n. 11/2020, i dirigenti degli uffici giudiziari, con riferimento al periodo dal 23 marzo 2020 al 31 maggio 2020, possono adottare misure di limitazione all’accesso agli uffici giudiziari e agli sportelli di cancelleria; prevedere lo svolgimento dei giudizi penali a porte chiuse, in deroga alle previsioni dell’art. 472 c.p.p.; adottare linee guida vincolanti per i magistrati per la fissazione e trattazione delle udienze e, infine, prevedere il rinvio di ufficio delle udienze a data successiva al 31 maggio 2020, con alcune eccezioni, il cui catalogo è elencato all’art. 2, comma 2, lett. g), dello stesso decreto.

*demologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare», dell'art. 123 recante «Disposizioni in materia di detenzione domiciliare» e, infine, dell'art. 124 recante «Licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà».*

Il decreto ha ribadito, anzitutto, ai commi 1 e 2 dell'art. 83, il differimento urgente delle udienze, nonché la sospensione della generalità dei termini procedurali, dilatandola – rispetto alla previsione originaria contenuta nel d.l. 8 marzo 2020, n. 11 – oltre i confini della “pendenza” del procedimento. Infatti, come si ricava dalla Relazione illustrativa a corredo del decreto-legge, «il fiorire di dubbi interpretativi e prassi applicative sostanzialmente elusive del contenuto della previsione o comunque non adeguatamente sensibili rispetto all'evidente dato teleologico della norma»<sup>4</sup> hanno spinto il legislatore dell'emergenza a rendere «amplissima» la portata della sospensione.

In tale prospettiva, l'art. 83 del decreto richiamato ha previsto la sospensione del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto, tra cui vengono richiamati «i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali»<sup>5</sup>.

In particolare, poi, il quarto comma dell'art. 83 ha affiancato alla generalizzata sospensione dei termini procedurali – e per lo stesso periodo – la sospensione del corso della prescrizione e dei termini di durata massima delle misure cautelari, di cui agli artt. 303 e 308 c.p.p., per tutti i procedimenti rimasti “congelati” nella prima fase dell'emergenza sanitaria.

Si tratta di una soluzione tecnica che lascia stupefatto chiunque osservi, con un certo disincanto, le scelte di politica legislativa, tanto più ove si considerino le inizia-

---

<sup>4</sup> Con riferimento al concetto di “pendenza” dei giudizi, la Relazione illustrativa del decreto-legge chiarisce il dubbio circa la possibilità o meno di ricomprendere nella sospensione anche il termine per la proposizione dell'impugnazione delle sentenze, estendendo gli effetti della sospensione anche gli atti introduttivi del giudizio, ove per il loro compimento sia previsto un termine.

<sup>5</sup> A norma dell'art. 83, comma 2, d.l. 18/2020, «si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali. Ove il decorso del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo. Quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto o in parte nel periodo di sospensione, è differita l'udienza o l'attività da cui decorre il termine in modo da consentirne il rispetto».

tive di poco precedenti in materia di prescrizione<sup>6</sup>, ammantate di populismo e finalizzate a paralizzare ogni operatività dell'istituto a partire dalla sentenza di primo grado, onde disinnescare gli effetti di ogni *escamotage* utile ad allungare i processi da parte della difesa<sup>7</sup>.

Siamo passati, così, dal mantra, ripetuto all'infinito, della prescrittibilità del crimine, quale viatico verso una immeritata impunità di presunti colpevoli, ad una repentina relativizzazione delle problematiche riguardanti la prescrizione, ritenuta ora complice del rallentamento dei tempi della giustizia, con correlativa possibilità di rinviare, in modo generalizzato, i processi per periodi anche molto lunghi, avvalendosi dell'istituto della "sospensione"<sup>8</sup>. Siamo passati, in altri termini, dal voler fare i processi ad ogni costo ad una vera e propria "fuga" dal meccanismo processuale in sé.

E colpisce, ancora di più, l'atteggiamento del diritto costituzionale di fronte all'opzione espressa dal legislatore che, nella ritenuta impossibilità di proseguire il

---

<sup>6</sup> Si rinvia, tra i tanti commenti alla riforma della disciplina in tema di prescrizione, R. BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 900 ss.; A. DE CARO, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo*, in *Arch. pen. web*, 7 dicembre 2020; G. INSOLERA, *La riforma gialloverde del diritto penale: adesso tocca alla prescrizione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 novembre 2018; V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 557 ss.; A. MANNA, *La c.d. sospensione del termine prescizionale dopo il giudizio di primo grado tra politica e diritto*, in *disCrimen*, 10 febbraio 2020; O. MAZZA, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populistici e realtà costituzionale*, in *Sistema penale*, 21 gennaio 2020. Sul tema, sia consentito, altresì, il rinvio a L. MARAFIOTI, *Per sempre imputato: il processo senza prescrizione*, in *CentoUndici*, gennaio, 2020, pp. 10-11.

<sup>7</sup> In posizione fortemente critica rispetto alle scelte legislative populistiche dell'ultimo periodo, v., per tutti, E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019.

<sup>8</sup> Sul punto, Corte cost., 18 novembre 2020, n. 278, in *Cass. pen.*, 2021, p. 44, con nota di G. M. FLICK, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte costituzionale*, ha respinto le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 83, comma 4, d.l. 18/2020, come conv., con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, e dell'art. 36, comma 1, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, come conv., con modificazioni, dalla l. 5 giugno 2020, n. 40. La sospensione della prescrizione disposta dai d.l. n. 18 e n. 23 del 2020, emanati per contrastare l'emergenza COVID-19, non è costituzionalmente illegittima in quanto è ancorata alla sospensione dei processi dal 9 marzo all'11 maggio 2020, prevista per fronteggiare l'emergenza sanitaria. Ad avviso della Consulta, la cosiddetta "sospensione COVID" rientra, infatti, nella causa generale di sospensione della prescrizione stabilita dall'art. 159 c.p. – che prevede, appunto, la sospensione del corso della prescrizione ogni qualvolta la sospensione del procedimento o del processo penale sia imposta da una particolare disposizione di legge – e in quanto tale non contrasta con il principio costituzionale di irretroattività della legge penale più sfavorevole. A commento della predetta decisione, altresì, R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid*, in *Sistema penale*, 8 febbraio 2021; M. BONTEMPELLI, *Emergenza Covid-19 e ragionevole durata del processo penale*, in *Sistema penale*, 13 gennaio 2021, p. 1 ss.

processo nella fase emergenziale, ha preferito allungare i termini di esecuzione della misura della custodia cautelare, mediante il ricorso ad una norma sostanzialmente “di eccezione”<sup>9</sup>.

Vi sono pochi dubbi, allora, che l'emergenza sanitaria sia andata completamente a scapito della libertà individuale, nei confronti non solo dei cittadini “liberi”, ristretti in uno stato di pseudo-arresti domiciliari, ma anche dei soggetti sottoposti alla misura della custodia cautelare in carcere, rispetto ai quali il legislatore sembra aver considerato il diritto alla salute in modo completamente differente da quanto ha previsto per i detenuti in esecuzione della pena<sup>10</sup>.

Di qui, il paradosso che sono proprio i soggetti detenuti in attesa di giudizio, sebbene riconosciuti presunti innocenti dalla Costituzione, ad essere costretti, di fatto, a subire gli effetti provocati dalla paralisi giudiziaria, non ultimo escluso l'amplificazione del rischio di contrarre il *virus* a causa della permanenza nell'istituto penitenziario.

A questa primissima ondata è conseguita, poi, la diffusione di tutto un corredo di prassi autodefinitesi “virtuose”: una serie di disposizioni di tipo organizzativo, emanate sulla base di accordi tra capi degli uffici giudiziari, hanno finito per provocare una distribuzione o, meglio, una parcellizzazione di atti di normazione secondaria, diversi da ufficio ad ufficio, in forza di circolari, direttive, provvedimenti e note

---

<sup>9</sup> In argomento, E. MARZADURI, *Le sorti dei detenuti sottoposti a custodia carceraria ai tempi del coronavirus*, in *Leg. pen.*, 3/2020, p. 1 ss.; O. MAZZA, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia*, in *Arch. pen.*, 16 aprile 2020; A. SCALFATI, *La custodia cautelare durante l'emergenza sanitaria; leggi confuse e illiberali*, in *Arch. pen.*, 7 maggio 2020.

<sup>10</sup> Parla, a tal proposito, di «un regime a due velocità l'uno per gli imputati e l'altro per i detenuti definitivi», F. VERGINE, *Emergenza epidemiologica da Covid-19, efficienza e processo penale*, in *Il Processo*, fasc. 3, 2020, p. 843. Per un ampio quadro delle iniziative prese nel sistema penitenziario, si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a S. CARNEVALE, *Carcere e coronavirus: intorno a ciò che emerge dall'emergenza*, in *disCrimen*, 9 febbraio 2021; A. CIAVOLA, *Il tempo immobile del carcere e il diritto ad anticipare l'applicazione delle misure alternative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1149; C. CONGESTRI, *L'emergenza covid-19 negli istituti penitenziari*, in A. MASSARO (a cura di), *Connessioni di Diritto penale*, Roma Tre Press, 2020, p. 53; E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto “cura Italia”: a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sistema penale*, 20 marzo 2020; A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, in *Sistema penale*, 29 aprile 2020; F. FIORENTIN, *Decreto legge “Cura Italia”: le misure adottate dal Governo per affrontare l'emergenza COVID-19 in materia penitenziaria*, in *Il Penalista*, 20 marzo 2020, p. 4; D. PULITANÒ, *Pena e carcere alla prova dell'emergenza*, in *Diritto di Difesa*, 1 giugno 2020, p. 420; M. RUARO, *Le disposizioni relative all'esecuzione penale del d.l. “cura Italia” (d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. l. 24 aprile 2020, n. 27)*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2185.

varie<sup>11</sup>. È venuto a difettare, così, nella prima fase dell'emergenza, un elementare criterio di prevedibilità tra gli utenti del sistema giustizia e, segnatamente, tra gli imputati ed i loro difensori.

Si è assistito, infatti, alla moltiplicazione di protocolli operativi di conio giudiziario interni ai singoli Uffici territoriali, che, a fronte di una maggiore elasticità delle regole organizzative e di condotta processuale, ha accentuato il rischio di forti disegualianze in punto di continuità della funzione giurisdizionale.

Inutile nascondere che una simile segmentazione di prassi abbia inciso, in modo significativo, sul diritto di difesa giudiziaria, che si è visto costretto a subire forme di erosione, al limite della vera e proprio elisione.

Particolarmente avvertito è stato un *deficit* di effettività delle garanzie difensive da assicurare nella fase investigativa del procedimento. Con riferimento specifico a quest'ultimo profilo, la gestione dell'emergenza, in funzione del diverso grado di pericolo esistente nelle singole sedi e in ragione della differente disponibilità di locali e di attrezzature rinvenibili nei vari uffici giudiziari, ha finito per provocare una pericolosa rimodulazione delle garanzie processuali "a macchia di leopardo".

Segnatamente, nella "gestione" della fase investigativa, l'ampia circolazione della normativa di livello secondario, emanata direttamente dai Procuratori della Repubblica, ha arrecato una vera e propria metamorfosi del rapporto intercorrente tra l'Autorità inquirente ed i soggetti a vario titolo coinvolti nelle indagini preliminari, sotto differenti angoli di visuale.

Ne sono la riprova le regole contenute nelle circolari dei diversi Uffici di Procura che, per un verso, hanno limitato l'ingresso del difensore dell'indagato e della persona offesa presso le segreterie dei pubblici ministeri e delle cancellerie delle Procure (come l'Ufficio per la visione degli atti di indagine, meglio noto come Ufficio 415-*bis*), subordinando l'accesso ad una espressa ed eventuale autorizzazione del personale amministrativo. Nonché, per altro verso, tali regole hanno sovente circoscritto temporalmente le attività difensive, talvolta predeterminandone persino la durata, come riportato dalla circolare interna alla Procura di Milano, nella quale si è stabilito un ingresso contingentato presso l'Ufficio 415-*bis* per un massimo di 30 minuti per ciascun difensore.

Senza considerare un ulteriore profilo.

Il funzionamento dei meccanismi processuali, affidato alle "prassi virtuose" dei

---

<sup>11</sup> Sul punto, si veda F. RUGGIERI, *Il processo penale al tempo del covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi*, in *Leg. pen.*, 5/2020, p. 5.

singoli magistrati, ha finito per mettere in seria crisi l'Avvocatura, in quanto ha creato forti disparità di trattamento, imponendo una capacità, non comune, di gestione degli strumenti telematici<sup>12</sup>. È un dato, infatti, che il deposito telematico degli atti, come anche l'accesso ai meccanismi di informatizzazione del processo, abbia penalizzato gli avvocati meno giovani e poco abituati ad avvalersi degli strumenti tecnologici o coloro che, al diffondersi della pandemia, avevano a disposizione meno mezzi.

A complicare ulteriormente il quadro sopraggiungono, poi, i numerosi guasti ed inconvenienti tecnici, spesso macroscopici, dovuti al malfunzionamento del cosiddetto Portale del Processo Penale Telematico<sup>13</sup>, che hanno suscitato comprensibili reazioni di protesta da parte dell'Avvocatura, giunta di recente ad invocarne la sospensione quale strumento da utilizzare in via esclusiva. E ciò nella consapevolezza che «ogni disfunzione, ogni criticità, malfunzionamento si traduce inevitabilmente in un pregiudizio per il compiuto e sereno esercizio del diritto di difesa»<sup>14</sup>. Il che ha indotto, altresì, gli avvocati penalisti a proclamare un'astensione dalle udienze appositamente rivolta a lamentare le evidenti disfunzioni del "Portale del Penale"<sup>15</sup>.

## 2. Protrarsi dell'emergenza e "onda lunga" della contro-riforma

A questo primo periodo, durante il quale la celebrazione dei processi è avvenuta solo in casi eccezionali, ha fatto seguito una fase successiva, inaugurata sulla spinta di una seconda "ondata" e caratterizzata dalla proliferazione di norme che hanno costruito un ponte ideale tra l'emergenza pandemica, le prassi organizzative ed i "mal-

---

<sup>12</sup> Più in generale sul tema, B. GALGANI, *Il processo penale paperless: una realtà affascinante, ancora in divenire*, in L. LUPARIA-L. MARAFIOTI-G. PAOLOZZI (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Torino, 2019, p. 245 ss.

<sup>13</sup> Sulla disciplina degli atti per via telematica, cfr. A. MARANDOLA, *Confermata la trasmissione telematica delle notizie di reato, degli atti difensivi ex art. 415-bis c.p.p. e regolato l'invio dell'impugnazione tramite P.E.C.*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 149 ss.; S. TOGNAZZI, *Il deposito telematico degli atti del procedimento telematico: disciplina d'emergenza e prove tecniche di riforma*, in *Giur. it.*, 2021, n. 1, p. 709; S. M. CORSO, *Le auspicabili ricadute della normativa emergenziale sulla comunicazione telematica prevista nel d.d.l. 2020 per la riforma della procedura penale*, in *Arch. pen. web*, 2020, n. 2, p. 1 ss., spec. p. 16 ss.

<sup>14</sup> Così, la lettera inviata dal Presidente dell'Unione Camere Penali Italiane, G. Caiazza, al Ministero della Giustizia, Capo Dipartimento dell'Amministrazione Giudiziaria, del personale e dei servizi, 25 gennaio 2021.

<sup>15</sup> Si fa riferimento all'astensione proclamata dall'Unione Camere Penali Italiane, per i giorni 29, 30 e 31 marzo 2021, con apposita Delibera del 12 marzo 2021.

costumi” degli uffici, espressione della difficoltà, ormai congenita al nostro sistema giudiziario, di smaltire il carico di lavoro.

Abbiamo assistito, insomma, al delinarsi di una “terza via” nella gestione dei meccanismi processuali che, sebbene non abbia comportato la totale sospensione delle attività giudiziarie, ha accolto, tuttavia, un’idea di processo penale assai lontana da come lo conoscevamo prima della pandemia.

Di questa nuova fase, va constatato con rammarico, la tendenza è quella di pensare che i principi, i valori, le forme e le garanzie processuali – per la difesa dei quali docenti di procedura penale ed avvocati erano pronti ad innalzare le barricate – in fondo non sono poi così importanti, perché il processo può proseguire ugualmente ed a prescindere.

Del resto, la considerazione che le garanzie e le forme processuali siano inutili orpelli, facilmente sacrificabili in nome dell’efficientismo “ad ogni costo”, non costituisce certo una novità<sup>16</sup>.

Ci si dimostra, così, ancora una volta pronti a tollerare la compressione delle più elementari garanzie individuali<sup>17</sup>; a partire dalla partecipazione ad una consolidata idea di “udienza”, intesa come unità di tempo, spazio e luogo<sup>18</sup>, nella quale i principi dell’oralità e della pubblicità sbiadiscono – sino a scomparire del tutto<sup>19</sup> – sullo sfondo del rinnovato quadro normativo emergenziale, che privilegia il nuovo paradigma della “giustizia a distanza”<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> A tal proposito, C. IASEVOLI, *La Cassazione penale ‘giudice dei diritti’. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, 2018, pp. 66-67, ricorda che «le forme della procedura, cioè le modalità di tutela dei diritti, non sono sterili formalismi, orpelli che intralciano la giustizia o la ragionevole durata del processo, [...] dimenticando che la durata ragionevole è anche un diritto dell’imputato previsto dalla Costituzione e, per questa ragione, sottratto ad un’operazione di bilanciamento affidata al giudice».

<sup>17</sup> Sul delicato tema dei rapporti tra legislazione emergenziale e deroghe alle garanzie processuali si veda ampiamente R. ORLANDI, *Una giustizia penale a misura di nemici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 715 ss., secondo il quale «il binario alternativo (quello che ammetterebbe le deroghe ai diritti individuali) non ammette deragliamenti capaci di scalfire la dignità della persona».

<sup>18</sup> Cfr. A. GARAPON, *La despaializzazione della giustizia*, trad. it., Milano-Udine, 2021.

<sup>19</sup> Sullo svilimento del contraddittorio nelle udienze in videoconferenza, si rinvia, tra i tanti, a E. AMODIO-E.M. CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, cit., p. 277; C. BONZANO, *La parabola del contraddittorio dal giusto processo all’efficientismo emergenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 1417 ss.; E. M. MANCUSO, *La dematerializzazione del processo al tempo del COVID-19*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, p. 5; O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1, p. 1 ss.; F. VERGINE, *Emergenza epidemiologica da Covid-19, efficienza e processo penale*, cit., p. 843 ss. In ottica anche comparata, v. J. DELLA TORRE, *L’espansione del processo a distanza negli itinerari dell’emergenza pandemica*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, p. 226 ss.

<sup>20</sup> Sull’impiego corretto del termine per indicare le udienze celebrate a distanza, si veda E. AMODIO, *Smettiamo di storpiare l’italiano con il lugubre “da remoto”*, in *Sistema penale*, 28 aprile 2020.



Occorre ricordare, infatti, che il comma 12-*bis* dell'art. 83 ha disciplinato la celebrazione a distanza, per il periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, di qualsiasi udienza penale, ad eccezione solo delle ipotesi in cui fosse prevista la deposizione di un testimone, diverso dagli appartenenti alla polizia giudiziaria<sup>21</sup>.

Sennonché, a seguito dei numerosi dubbi di compatibilità di questo strumento con le garanzie del giusto processo, il d.l. 30 aprile 2020, n. 28 ha rivisitato l'impostazione originaria della norma, escludendo dal suo ambito operativo anche tutte quelle sequenze dibattimentali in cui è più avvertita l'esigenza di evitare la compressione di diritti di partecipazione delle parti. Viene esclusa, così, la celebrazione in modalità "telematica" delle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio e di quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti, «salvo che le parti vi acconsentano»<sup>22</sup>.

Nonostante, però, l'intenzione dichiarata del legislatore fosse quella di restringere l'ambito di applicazione di un contraddittorio delocalizzato e smaterializzato, la novella finisce, a ben vedere, per generare un paradosso: il consenso previsto sembra autorizzare, infatti, le forme telematiche anche in ipotesi per le quali la disciplina precedente – ovvero l'art. 12-*bis*, l. 24 aprile 2020, n. 27 – escludeva il ricorso alle modalità virtuali.

Nella stessa direzione si è spinto, altresì, il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, recante «*Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*», limitandosi a riproporre quanto stabilivano i commi 12 ss. dell'art. 83, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, ossia le norme in tema di processo a distanza, vigenti nel periodo di maggiore gravità dell'epidemia.

---

<sup>21</sup> L'art. 83, comma 12-*bis*, l. 24 aprile 2020, n. 27 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), prevedeva che, fermo quanto previsto dal comma 12, dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, le udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti possono essere tenute mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia.

<sup>22</sup> Il nuovo periodo al comma 12-*bis* dell'art. 83, come modificato dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, prevede che, fermo quanto previsto dal comma 12, le disposizioni di cui al presente comma non si applicano, salvo che le parti vi acconsentano, alle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio e a quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti (art. 3, comma 1, lett. d).

Non sembra azzardato, allora, sostenere che, ancora una volta, il simulacro del principio di oralità diventa facilmente rinunciabile e finisce per configurarsi unicamente “*on demand*” ovvero solo su richiesta e solo se “ci tieni”, muovendosi lungo un solco già tracciato da una logica emergenziale diffusasi quasi trent’anni fa<sup>23</sup>.

È quanto, del resto, si avverte con riferimento alla tematica delle impugnazioni: nel procedimento in appello e in cassazione, viene tracciato un rito inedito, non partecipato e fondato su un contraddittorio meramente cartolare, a meno che non venga presentata apposita richiesta<sup>24</sup>.

Con particolare riferimento alla fase dell’appello, l’art. 23, d.l. 9 novembre 2020, n. 149, recante «*Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese e giustizia, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*» – confluito nell’art. 23-*bis*, comma 1, l. 18 dicembre 2020, n. 176 – ha previsto che, al di fuori dei casi di rinnovazione dell’istruzione dibattimentale, ai fini della decisione sugli appelli proposti contro le sentenze di primo grado, la Corte di appello procede in camera di consiglio senza l’intervento del pubblico ministero e dei difensori, salvo che una delle parti private o il pubblico ministero faccia richiesta di discussione orale o che l’imputato manifesti la volontà di comparire.

La sensazione, allora, è che il legislatore abbia colto un’occasione preziosa per codificare quella prassi che vede spesso, nelle aule in cui si dovrebbero discutere gli appelli, i difensori riportarsi ai motivi di impugnazione già depositati<sup>25</sup>, rovesciando, per tale via, il rapporto regola-eccezione in materia di partecipazione all’udienza<sup>26</sup>. Il tutto secondo una prassi che, affermata dapprima in alcuni distretti, si è diffusa progressivamente su tutto il territorio nazionale, per poi consolidarsi a livello di Cassazione.

Sul punto, tuttavia, un’osservazione s’impone.

È lecito, infatti, interrogarsi se sia più qualificante fare finta di pretendere una

<sup>23</sup> O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, cit., p. 3 scorge «una evidente progressione nelle scelte politiche che, a partire dal 1992, hanno portato fuori dalle aule di udienza i collaboratori e i testimoni di giustizia, gli agenti sotto copertura, gli imputati connessi, gli atti di ricognizione, gli imputati detenuti e, ora, addirittura il processo nel suo complesso».

<sup>24</sup> Cfr., prontamente, A. MANGIARACINA, *Impugnazioni e pandemia: l’esilio dell’oralità e la “smaterializzazione” della camera di consiglio*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 177 ss.; G. FIDELBO, *Processo “scritto” e limiti all’oralità in Cassazione*, in *Sistema penale*, 25 marzo 2021, p. 1 ss.

<sup>25</sup> Sul punto, A. MANGIARACINA, *Impugnazioni e pandemia*, cit., p. 182

<sup>26</sup> In questo senso, O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, cit., p. 8, «la richiesta del difensore integra la fisiologia del procedimento camerale partecipato, mentre l’eccezione è quella pervista in via temporanea dalla legge. Non si comprende per quale ragione scaricare sull’imputato, [magari anche detenuto] il costo, in termini di tempo, richiesto per assicurare la garanzia minimale della partecipazione in forma orale».

discussione partecipata in forma generalizzata, per poi assistere ad una poco dignitosa sfilata dei difensori che “si riportano” al testo dell’impugnazione, nella speranza di ottenere la benevolenza della Corte; ovvero esigere che sia rispettata la facoltà di poter presenziare all’udienza al fine di concludere oralmente, pur tuttavia nell’ottica di una sorta di diritto potestativo all’ascolto del difensore.

Analogo discorso vale, altresì, per il procedimento davanti alla Corte di Cassazione, ove le udienze sembrano rimodulate in modo che nessuno possa entrare nella *turris eburnea* della sede dell’organo della nomofilachia.

Anche con riferimento al controllo di legittimità, l’art. 83, comma 12-ter, l. 24 aprile 2020, n. 27 – e sulla stessa scia l’art. 23, comma 8, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in legge con la l. 18 dicembre 2020, n. 176 – ha previsto che, ai fini della decisione sui ricorsi proposti per la trattazione a norma degli articoli 127 e 614 c.p.p., la Corte di cassazione procede in camera di consiglio senza l’intervento del procuratore generale e dei difensori delle altre parti, salvo che una delle parti private o il procuratore generale faccia richiesta di discussione orale.

La richiesta di discussione orale è formulata per iscritto dal procuratore generale o dal difensore abilitato a norma dell’art. 613 c.p.p. entro il termine perentorio di venticinque giorni liberi prima dell’udienza e presentata, a mezzo di posta elettronica certificata, alla cancelleria. In assenza di richiesta di discussione orale, si procede con le forme dell’udienza non partecipata e il contraddittorio tra le parti è affidato allo scambio delle rispettive richieste formulate per iscritto.

Ebbene, dalla lettura di questa previsione è sorto il dubbio che il legislatore sia mai effettivamente entrato in un’aula di giustizia. E ciò è apparso ancora più evidente a seguito dell’entrata in vigore del d.l. 14 gennaio 2021, n. 2, che, estendendo l’ambito applicativo della normativa processuale emergenziale fino al 30 aprile 2021, senza tuttavia recare una disciplina intertemporale, ha provocato inevitabili difetti di coordinamento con il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137.

Quest’ultimo provvedimento, infatti, come sopra ricordato, ha previsto che la richiesta di discussione orale debba essere presentata per iscritto, entro il termine libero di venticinque giorni prima dell’udienza. Tuttavia, essendo il d.l. n. 2/2021, entrato in vigore il 14 gennaio 2021, a tale data risultavano già scaduti i termini per richiedere la trattazione orale per i ricorsi fissati alle udienze comprese nel periodo intercorrente tra il 1° febbraio 2021 (primo giorno successivo alla fine del regime emergenziale previsto dal d.l. 28 ottobre 2020, n. 137) e l’8 febbraio 2021 (giorno

coincidente con la scadenza del termine di 25 giorni a decorrere dall'entrata in vigore del d.l. 14 gennaio 2021, n. 2).

Insomma, il legislatore non si era reso conto che, nel momento in cui questo decreto veniva prorogato, i termini per la formulazione dell'istanza di discussione orale erano già scaduti.

Il che ha reso doveroso l'intervento del Primo Presidente della Corte di cassazione, chiamato a fornire una disciplina di coordinamento per le udienze penali in Cassazione fissate tra il 1° e l'8 febbraio 2021<sup>27</sup>. In particolare, con riferimento alle udienze penali fissate nel periodo anzidetto, le richieste di discussione orale possono essere presentate dalle parti entro il termine di cinque giorni liberi prima dell'udienza; termine coincidente con quello assegnato alla parte, dal d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, per il deposito di memorie, una volta ricevuta la comunicazione delle conclusioni del Procuratore generale. Si tratta di un termine ritenuto «idoneo a bilanciare la tutela dell'incolpevole affidamento delle parti, ingenerato dalla mancanza di un coordinamento, sotto il profilo temporale, dei diversi provvedimenti normativi che si sono succeduti, il rispetto della sequenza procedimentale delineata dal d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, il principio del contraddittorio, il diritto di difesa, la ragionevole durata delle procedure, esigenze di economia processuale».

### **3. Uscita dal tunnel dell'emergenza sanitaria ed ulteriore sintomatica della crisi del processo penale**

Appare chiaro, allora, che il legame intercorrente tra processo penale ed emergenza pandemica impone un ripensamento complessivo dell'idea stessa di processo penale e delle forme in grado di assicurare la giustizia della decisione. E per farlo può essere utile muovere da una riflessione più approfondita sulla nostra condizione esistenziale, purché alleggerita da quella temibile pressione psicologica che, al di là degli eventi drammatici provocati dall'emergenza sanitaria, ha rappresentato senza dubbio il più grave problema della collettività.

Questa riflessione andrebbe condotta inforcando gli occhiali dello storico e beneficiando della vecchia distinzione crociana tra “cronaca” e “storia”, per rivalutare con maggiore serenità ciò che accade nel rapporto tra pandemia e processo penale.

A tal fine, avremmo avuto bisogno, senza dubbio, che la vicenda si fosse conso-

---

<sup>27</sup> Linee guida sulla organizzazione nella emergenza Covid-19 delle udienze penali fissate nel periodo 1 febbraio-8 febbraio 2021 a seguito del d.l. n. 2 del 2021.

lidata per consentire il distacco necessario per poter formulare un giudizio il più possibile neutrale rispetto all'emergenza ancora in corso.

Ecco, allora, il singolare paradosso dello “stato di emergenza” in cui viviamo: osservare, attraverso gli occhiali dello storico, una vicenda dalla quale non siamo nemmeno lontanamente usciti e – nonostante gli *slogan* della ripartenza – non sappiamo se e quando ne usciremo, per riuscire ad immaginare cosa resterà e cosa avremo perso alla fine di questa esperienza.

Per un verso, siamo spinti ad affrontare la situazione con ottimismo, perché ciascuno di noi, per definizione, è portato naturalmente a fuggire il *thanatos* e andare verso la vita, preferendo, nella nostra vitalità, sopravvivere alle difficoltà esistenziali.

Basti pensare agli avvocati, costretti ad affrontare le numerose difficoltà derivanti dall'esigenza di partecipare ad udienze in trasferta, nonostante l'assenza di alberghi aperti o la carenza di mezzi di trasporto, e spesso in condizioni di inaccettabile insicurezza. Queste ed altre difficoltà manifestano, ancora una volta, la spiccata tendenza del sistema giudiziario a mantenere a distanza l'avvocatura. Resta la sensazione, infatti, che, in ogni momento in cui emerga una fortissima frizione all'interno delle istituzioni democratiche di un paese, uno dei primi ostacoli di cui ci si vuole liberare, ai fini del funzionamento della macchina giudiziaria, è proprio la “parola dell'avvocato”.

E questo rischio, già manifesto nel giudizio di appello e di cassazione, si avverte anche con riferimento al dibattimento, mediante la scelta del legislatore di privilegiare il collegamento a distanza.

Vi è chi ha sostenuto che, grazie al meccanismo della conversazione attraverso lo schermo, il clima è più disteso, i toni meno accesi e le testimonianze possono essere ricavate con minore imbarazzo<sup>28</sup>. Si tratta di capire, però, se siamo in presenza di un ripiegamento necessitato che non rappresenta la negazione di consolidati principi, oppure di nuovi itinerari possibili per l'accertamento penale.

Occorre, allora, confrontarsi con la ritenuta capacità epistemica dei verbali videoregistrati e del processo a distanza. Nei confronti di tale seduzione non può aversi un semplicistico atteggiamento di pregiudiziale rifiuto, ancorché pesi accettare a cuor leggero l'avvento di simili sviluppi. In effetti, a date condizioni, la visione di

---

<sup>28</sup> Per questa opinione, v. R. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, in *Sistema penale*, 2021, n. 2, p. 137, la quale non esclude che un singolo testimone necessiti di un filtro per raggiungere una tranquillità emotiva che lo metta nella condizione psicologica di condividere a pieno le sue conoscenze sui fatti.

verbali redatti mediante videoriprese può rappresentare un metodo di conoscenza processuale e di valutazione della prova meno deteriore di quello incentrato su una defatigante lettura di inerti trascrizioni. E potrebbe rappresentare una valida alternativa sia in caso di mutata composizione dell'organo giudicante<sup>29</sup>, sia nell'ipotesi in cui la prova sia stata assunta anticipatamente rispetto alla fase dibattimentale, mediante incidente probatorio<sup>30</sup>.

Meno agevole, invece, patrocinare un più ampio ricorso a forme di assunzione a distanza della prova dichiarativa, nella convinzione che, confinato nell'ambiente meno formale creato dal videocollegamento, il testimone «possa essere più sereno, lasciarsi andare, rendendo una dichiarazione più autentica, rispetto al contesto formalizzato del tribunale»<sup>31</sup>, sul presupposto che «l'interrogatorio di un testimone su internet, via *Skype*, sia meno stressante di uno condotto durante un'udienza»<sup>32</sup>.

Tuttavia, come è stato correttamente evidenziato, «il problema va al di là dei rispettivi meriti della videoconferenza o dell'udienza *in vivo*. Nel *trial* come nel processo, la performatività proviene dall'incontro fisico»<sup>33</sup>. In altri termini, «è *la voce della parola* che fa la performatività»; cosicché ogni digitalizzazione o tecnica digitale fondata sulla registrazione o sulla ripetizione minaccia «la sua potenza di verità»<sup>34</sup>.

A ciò va aggiunto che simile *modus procedendi*, come dimostrato dall'esperienza dell'audizione dei testimoni vulnerabili, non rappresenta necessariamente il *non plus ultra* nella effettività del contraddittorio in sede formazione della prova e nell'esercizio delle prerogative difensive nel corso dell'esame.

Una sua potenziale ed indiscriminata espansione, pertanto, convince assai poco. Occorre, in altri termini, maggiore cautela nell'apertura a canali di acquisizione della prova sempre meno incentrati sul tradizionale binomio oralità/immediatezza, quale alternativa alla scrittura, e, viceversa, affidati alquanto ottimisticamente a nuovi ed

<sup>29</sup> In questo senso, R. APRATI, *Il distanziamento sociale*, cit., p. 139.

<sup>30</sup> Ancora, R. APRATI, *Il distanziamento sociale*, cit., p. 139 nt. 39.

<sup>31</sup> Così, R. APRATI, *Il distanziamento sociale*, cit., 138.

<sup>32</sup> In questi termini, A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, a cura di M.R. Ferrarese, trad. it., Bologna, 2021, p. 142.

<sup>33</sup> Così, ancora, A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, loc. cit.

<sup>34</sup> A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, loc. cit. Evidenziano, tra gli altri, la differenza tra la presenza digitale, “*in imagine*”, e quella “*in corpore*”, E. FRAGASSO JR., *Il processo penale a distanza, la costituzione ed i provvedimenti emergenziali contro la covid19*, in *disCrimen*, 22 giugno 2020, p. 13 ss.; M. DANIELE, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose e anticorpi accusatori*, in *Sistema penale*, 2/2021, p. 65, per cui l'impiego dell'oralità digitale «denota un'esperienza percettiva contaminata da un'alterazione dei naturali canali di comunicazione intersoggettiva, purtroppo non priva di conseguenze sulla forza euristica dell'esame incrociato».

inesplorati trinomi<sup>35</sup>, pronti ad inglobare al proprio interno le funzioni di videopartecipazione al processo e le modalità di verbalizzazione attraverso videoregistrazioni.

E, allora, viene spontaneo interrogarsi sulle sorti del processo penale e sull'eredità che questa emergenza potrà lasciarci, una volta conclusa la terza ondata pandemica<sup>36</sup>.

Diversi i rischi a cui viene esposto il processo penale.

Anzitutto, il pericolo che più dovremmo temere è quello di assuefarci ad una progressiva esaltazione della prassi a fonte del diritto, della quale abbiamo avuto un evidente riscontro già in numerose sentenze della Corte Costituzionale o delle Sezioni Unite.

Basti pensare, del resto, a quanto è avvenuto con riferimento alla questione inerente alle forme di assunzione della prova nelle ipotesi di rinnovazione del dibattimento, conseguente al mutamento della composizione dell'organo giudicante o della persona fisica del giudice monocratico; questione oggetto di recenti pronunce sia della Corte costituzionale<sup>37</sup>, sia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>38</sup>, nonché al centro della proposta di modifica recante «*Deleghe al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d'appello*», approvata dal Consiglio dei Ministri il 13 febbraio 2020<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> A tale proposito, R. APRATI, *Il distanziamento sociale*, cit., 142 suggerisce l'avvento di un duplice trinomio: per un verso, "oralità-scrittura-videopartecipazione"; per altro verso, "immediatezza-mediazione tramite verbale scritto-mediazione tramite verbale videoregistrato".

<sup>36</sup> Per alcune riflessioni, cfr. F. RUGGIERI, *Il processo penale al tempo del covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi*, cit., p. 7.

<sup>37</sup> Corte Cost., 29 maggio 2019, n. 132, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1543 ss., con nota di M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*; P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen.*, 2019, fasc. 2, p. 2; O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, 2019, fasc. 2, p. 6.

<sup>38</sup> Cass., Sez. Un., 10 ottobre 2019 (ud. 30 maggio 2019), Bajrami, n. 41736, in *C.E.D. Cass.*, n. 276754, a commento della quale, tra i molti, v. G. DE LIBERIS, *Il principio di immediatezza nella riletatura delle sezioni unite: cronaca di una morte annunciata?* in *Arch. nuov. proc. pen.*, 2020, p.125 ss.,

<sup>39</sup> Cfr. Atto Camera, n. 2435, Disegno di legge recante la «*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d'appello*» il cui art. 5 lett. e) prevede che, in caso di mutamento di uno dei componenti del collegio, la rinnovazione dell'audizione dei testimoni e delle persone indicate all'art. 210 c.p.p., le quali abbiano già reso dichiarazioni in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, può avvenire, ex art. 190-*bis*, solo se riguarda fatti o circo-

Quello che sta accadendo in questi mesi, allora, è la riprova che la fonte del diritto principale diventa altro: prassi, circolari, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, meglio conosciuti con l'uso dell'acronimo dpcm.

Bisogna sommare, intrecciare ed intersecare decreti, prassi e logiche di gestione degli uffici giudiziari per capire quali siano le norme processuali da applicare.

Al tempo stesso, occorre tenere presente che, nella ricerca delle cause del fallimento delle riforme, specialmente di quelle concernenti il processo penale, la ragione principale deve essere rinvenuta nella constatazione che le norme, purtroppo, non possono essere "calate" dall'alto; non basta, infatti, la loro introduzione affinché tutto funzioni, in una semplicistica ottica volontaristica.

La realtà, infatti, è ben diversa.

E il dato esperienziale dimostra che occorre, inevitabilmente, mettere in conto il comportamento dei *players* della vicenda processuale.

Va detto, tuttavia, che non si può nemmeno cadere nell'eccesso opposto e commettere l'errore di elevare alcuni di questi *players* ad influenti suggeritori delle norme, così da trasformarli in coloro i quali propongono ciò che si dovrebbe fare sotto il profilo della gestione del processo.

Potrebbe essere sufficiente comparare il testo della relazione redatta dal Primo Presidente della Corte di Cassazione pochi giorni prima che l'emergenza pandemica colpisse il nostro Paese ed il testo della relazione scritta dal Primo Presidente della Corte di Cassazione un anno dopo.

In quel documento si rinviene una duplice fotografia circa lo stato della giustizia italiana e contiene un dato allarmante: nell'elencare le statistiche giudiziarie viene annoverato un semestre in cui i dati provenienti dagli uffici sono assenti.

La portata di simile lacuna potrebbe forse essere agevolmente minimizzata e giustificata con lo stato di necessità di natura pandemica in cui gli uffici si sono ritrovati e con l'impossibilità di reperire elementi necessari per un'informazione completa. Eppure, questo vuoto spiazza l'osservatore; e dimostra quanto il settore della giustizia penale sia e debba essere al centro della scena politica.

Un altro rischio, poi, si affaccia all'orizzonte quando tutto l'incubo dei contagi sarà acqua passata. Ci si riferisce, in buona sostanza, del rischio che la presunta "terza via" del processo penale – giustificata quale strategia di gestione della difficile emergenza provocata dalla pandemia – finisca per offrire una ghiotta occasione per rego-

---

stanze diverse dalle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o una delle parti lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze.



lare i conti con la tradizionale configurazione di una serie di istituti quali l'appello ed il ricorso in cassazione come tradizionalmente delineati, oppure per ridurre fino all'osso principi quali il contraddittorio, l'oralità, la pubblicità del dibattimento e, in definitiva, il diritto di difesa stesso, per garantire i quali non basterà, di certo, l'illusione ottica della presenza digitale, “*in imagine*”<sup>40</sup>.

Le norme tendenti ad introdurre massicce eccezioni possono, infatti, essere più maliziosamente lette come altrettanti tentativi di approfittare dell'emergenza pandemica per un giro di vite in proposito.

In quest'ottica, vanno ripensati gli standard di tutela apprestati che rischiano di rappresentare ben poca cosa nel gioco incrociato di deroghe, bilanciamenti ed equilibri affidati esclusivamente alla pretesa delle parti.

I nuovi meccanismi consentono di instaurare forme alquanto rachitiche di contraddittorio, aprendo la strada a modalità di partecipazione al procedimento solo “a gentile richiesta”. Facoltà del genere dischiudono nuovi scenari problematici circa l'incidenza che il consenso e la volontà delle parti può avere in ordine alla concreta estensione di canoni processuali, da sempre caratterizzati da un marcata impronta pubblicistica.

È un tema la cui dimensione è emersa già prepotentemente in epoche in cui dilagavano i contagi, con riguardo sia all'attivazione del processo a distanza in caso di imputato libero (art. 23 commi 2, 5 e 8 d.l. n. 137/2020), sia alla mancata opzione in favore della richiesta di procedere in caso di procedimenti con misure cautelari (art. 83 comma 3, lett b), n. 2, d.l. n. 18/2020).

Segnatamente: il fatto che esse siano dipese “essenzialmente da una scelta difensiva” ha comportato «l'assegnazione al difensore del delicato compito di effettuare il bilanciamento fra le garanzie difensive e i diritti fondamentali contrapposti a partire dal diritto alla salute»; il che ha aperto la strada ad un vero e proprio «dilemma del difensore alla luce del possibile conflitto con gli interessi della persona assistita»<sup>41</sup>.

Pur senza scivolare in visioni troppo pessimistiche, una volta che ci si trasferisca sul terreno delle impugnazioni, potrebbero, poi, assurgere a “regola” le previsioni

---

<sup>40</sup> Per questa immagine, si rinvia ancora a M. DANIELE, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose e anticorpi accusatori*, cit., p. 65. Sulla possibilità che la disciplina del processo penale a distanza sia potenzialmente destinata a radicarsi - anche in maniera più decisa - nel tessuto processuale, determinandone una sensibile mutazione, cfr. S. LORUSSO, *Processo penale e bit oltre l'emergenza*, in *Proc. pen. giust.*, 2020/5, p. 1000 ss.

<sup>41</sup> Con preoccupati e condivisibili accenti, v. M. BONTEMPELLI, *Emergenza Covid-19 e ragionevole durata del processo penale*, cit., p. 3 ss.

emergenziali sulla partecipazione della difesa all'udienza solo attraverso apposita istanza, addirittura con il rischio di una sottoposizione a sindacato ed autorizzazione circa la meritevolezza di quanto richiesto.

Si tratta di equilibri ben più arretrati di quelli attuali e meno futuribili di quanto si pensi, a voler dare ascolto esclusivamente al grido di dolore sulla ingestibilità dei controlli ed al “ricatto dei numeri”, che documentano l'arretrato nella definizione degli appelli e la sproporzione tra la valanga dei ricorsi e l'organico della Cassazione. Oltre che attraverso la mannaia di un'inammissibilità elevata a strumento preferito di “cestinazione” delle impugnazioni, l'ossessione verso l'abuso delle impugnazioni potrebbe trovare sfogo nel tentativo di tendere l'avvocato lontano dal processo dopo il primo grado.

Dinanzi a tale scenario va ribadito con fermezza che, a prescindere dalla articolazione tecnica dei riti in chiave di funzionalità, quello alla presenza dell'avvocato in udienza nelle fasi in discorso deve rimanere espressione di un insindacabile diritto potestativo, il quale funga da *pendant* a tutti i casi in cui la sua presenza venga ritenuta indispensabile ed imposta come obbligatoria nelle fasi precedenti.

Ma la principale lezione ricavabile dall'esperienza della legislazione dell'emergenza pandemica riguarda il pericolo di un inesorabile declino della dimensione rituale del processo che non può ridursi alla constatazione dell'abisso che separa i comportamenti di quanti indossano una toga da coloro che possono partecipare all'udienza a distanza in “ciabatte”. Iconografia della giustizia penale a parte, qui è in gioco qualcosa di ben diverso dall'introduzione di migliorie tecniche o meri correttivi alla difficoltà nella celebrazione di udienze secondo il metodo tradizionale.

Basti pensare al tenore della disposizione contenuta nell'art. 83 comma 12-*bis* del cosiddetto d.l. “Cura Italia”, come derivante dalla legge di conversione laddove si predica una celebrazione dell'udienza a distanza «con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti».

Si tratta di disposizione suscettibile di lettura da angoli visuali ben diversi.

Potrebbe affermarsi che il legislatore si sia «limitato a trasferire il nostro attuale procedimento su *Zoom*», senza cogliere una formidabile occasione «per rimodulare nel nuovo contesto le garanzie fondamentali del giusto processo»<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> In questo senso, M. GIALUZ - J. DELLA TORRE, *D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla “giustizia virtuale” servono maggiore cura e consapevolezza*, in *Sistema penale*, 28 gennaio 2021, p. 17,

In diversificata prospettiva, la disposizione può considerarsi emblematica del forte rischio che le garanzie processuali corrono e dell'esigenza che esse vadano "salvaguardate".

Si è osservato, infatti, che «la salvaguardia si impone, ma non già la garanzia, perché con il processo da remoto assistiamo ad una vera amputazione del flusso comunicativo, che consente solo di percepirne una minima parte. L'interrezza, appunto, non è garantita»<sup>43</sup>.

Occorre rendersi conto che non si tratta soltanto di un problema di "estetica", in senso più ampio, del processo penale, dimensione che, peraltro, non va in alcun modo sottovalutata<sup>44</sup>; né può dirsi ormai maturato il momento per «affrancarci dalla dimensione della fisicità del processo»<sup>45</sup>.

Deve, infatti, ricordarsi sempre che «la giustizia non si accorda bene con il determinismo, non accetta gli automatismi, ha bisogno di passare attraverso un *iter* 'espressivo' non 'performativo': le arringhe, la presenza fisica di imputati, parenti e pubblico, i necessari rituali. Non gradisce una disintermediazione, che cancelli i contorni semantici delle vicende umane, emozioni, errori, richieste e proteste. Non c'è niente di più 'analogico' e 'offline' della giustizia per come viene esercitata realmente»<sup>46</sup>.

In definitiva, non sembra azzardato, allora, sostenere che quello "penale" va considerato un processo che merita di restare il più possibile fedelmente ancorato ai propri rituali, rappresentando un meccanismo assai delicato.

Una progressiva deformazione o, addirittura, una de-ritualizzazione *tout court* in nessun modo potrebbe leggersi quale segno di progresso o di modernità, rischiando, piuttosto, di imprimere un'accelerazione negativa tale da determinarne un'assoluta perdita di senso compiuto e di direzione, e di far sopravvivere la mera dimensione di strumentalità e, in questo senso, di sopruso, anziché di garanzia.

---

<sup>43</sup> I. BENEVIERI, *Processo penale da remoto: la questione linguistica*, in *disCrimen*, 12 maggio 2020, p. 12.

<sup>44</sup> Cfr. E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, Milano, 2016, *passim*.

<sup>45</sup> M. GIALUZ -J. DELLA TORRE, *D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale*, cit., p. 17.

<sup>46</sup> G. BOSETTI, *Algoritmi e tribunali*, in *Robinson Libri, la Repubblica*, 6 marzo 2021, p. 15.