

**CONFRONTO DI IDEE SU: LE DEROGHE ALLA LEGALITÀ
TRA EMERGENZA ATTUALE E STABILIZZAZIONE FUTURIBILE**

OLIVIERO MAZZA

Distopia del processo a distanza

Il contenuto degli emendamenti proposti dall'esecutivo al disegno di legge di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 prefigura il processo a distanza, una innovazione in grado di cancellare l'idea stessa di processo penale.

The amendments proposed by the Government to the draft law converting legislative decree March 17, 2020, n. 18, foreshadows the remote trial, an innovation that will erase the idea of a criminal trial.

SOMMARIO: 1. Il virus dell'emergenza. - 2. Il processo distopico. - 3. Il processo ostacolo e la negoziazione delle regole del gioco. - 4. La norma processuale in bianco e il vuoto della legge. - 5. Dal processo smaterializzato a quello virtuale.

1. *Il virus dell'emergenza.* Le situazioni di emergenza sono sempre state accompagnate da uno stato d'eccezione per le regole processuali. La trentennale parabola del codice di procedura penale ne è la migliore riprova. Questa volta, però, l'emergenza è del tutto inedita, non legata alla recrudescenza di fenomeni criminali o a mutamenti sociopolitici. La pandemia da Covid-19, da più parti assimilata, per gravità, a un vero e proprio evento bellico, rischia di essere la tempesta perfetta in grado di giustificare la cancellazione dell'idea stessa di processo penale.

Il distanziamento sociale necessario a prevenire la diffusione del virus ha fornito al Governo lo spunto per proporre la smaterializzazione del processo trasformato in uno *smart working* procedurale.

Questo, in estrema sintesi, è il contenuto degli emendamenti proposti dall'esecutivo al disegno di legge di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18. Dopo la prima fase di sospensione delle attività giudiziarie non urgenti che terminerà, salvo possibili proroghe, il 15 aprile 2020, si aprirà un periodo transitorio che nelle intenzioni dovrebbe preludere al ritorno alla normalità.

In questa finestra temporale, ad oggi prevista fino al 30 giugno 2020, il Governo vorrebbe sperimentare il processo a distanza, una pericolosa evoluzione della già deprecabile partecipazione al dibattimento a distanza riservata agli imputati detenuti dall'art. 146-*bis* norme att. c.p.p.

2. *Il processo distopico.* - Di fronte alla proposta del Ministro della Giustizia si possono formulare una serie di rilievi critici che spaziano dai dubbi di legittimità costituzionale della stessa alle questioni di natura più strettamente ap-

plicativa.

Nell'analisi della disciplina del processo a distanza occorre, tuttavia, evitare l'errore di farsi condizionare dall'entusiasmo, già inopinatamente diffuso, per la novità tecnologica. La retorica imperante dello *smart work*, dell'era digitale, della vita 2.0 o successivi, rischia di travolgere il processo penale e di trasformarsi in un futuro prossimo distopico, nel *brave new world*¹ in cui tutto è sacrificabile a un malinteso mito del progresso.

È fin troppo facile prevedere che il formidabile laboratorio di sperimentazione che si vorrebbe allestire nel periodo più o meno lungo che ci separerà dal graduale ritorno alla normalità potrebbe produrre una creatura informe, ma di forza smisurata, che, come accadde al dottor Victor Von Frankenstein², continuerà a perseguitare il suo creatore ben oltre la fine dell'emergenza.

La partecipazione a distanza potrebbe, quindi, divenire la nuova modalità di celebrazione ordinaria dei processi penali, quantomeno di quelli non particolarmente complessi e senza testimoni "privati".

Proprio nel timore che questa creatura tecnologica possa sfuggire ai limiti temporali in cui la si vorrebbe rinchiudere, bisogna chiedersi, anzitutto, se sia davvero opportuna una disciplina processuale temporanea che, salvo errori, costituirebbe un *unicum*.

Pur nella piena consapevolezza della drammaticità della situazione che il Paese sta vivendo e, in particolare, alcune regioni del nord, non si può tacere una banalissima considerazione riguardante la ridotta pericolosità della celebrazione di un processo penale *de praesenti* che coinvolga un numero limitato di persone, in aule pulite e ben areate, mantenendo distanze di sicurezza e impiegando dispositivi di protezione personale. Certamente una situazione del genere sarebbe meno azzardata per la diffusione del virus di quanto non lo siano le passeggiate col cane o le incombenze alle quali tutti siamo chiamati, come quella di recarsi al supermercato per la spesa alimentare settimanale.

Dunque, davvero vale la pena deformare ulteriormente il già deturpato processo penale per soddisfare una presunta esigenza di tutela della salute non altrimenti soddisfacibile?

3. *Il processo ostacolo e la negoziazione delle regole del gioco.* La risposta al quesito impone di scavare più a fondo nelle ragioni che spingono il Governo a una scelta dalla quale discende un non secondario effetto paradossale: disciplinare il processo a distanza, pur con i limiti di cui si dirà, attesta, *a contra-*

¹ HUXLEY, *Il mondo nuovo. Ritorno al mondo nuovo* (1932), Milano, 2016.

² SHELLEY, *Frankenstein ovvero il moderno Prometeo* (1818), Milano, 1999.

rito, che nella prima fase dell'emergenza i processi celebrati sulla base dei cosiddetti protocolli non avevano base legale e, dunque, sarebbero da considerarsi radicalmente nulli.

L'*occasio legis* è l'emergenza epidemiologica in atto, ma il substrato culturale è ben altro e non ha nulla a che vedere con la tutela della salute. Non è difficile scorgere 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.

L'idea di fondo che sorregge questo disegno riformista è l'idiosincrasia per le forme processuali. Il rito è considerato poco più che un intralcio lungo il percorso che separa l'imputazione dalla condanna, secondo la sempiterna intuizione manziniana per cui «è logico presumere che le imputazioni siano generalmente fondate sopra un sufficiente accertamento preliminare» e da ciò «ne deriva che il processo penale si presenta come un mezzo principalmente diretto a rendere possibile la punizione del colpevole»³. Da luogo d'elezione della cognizione, il processo si sta progressivamente trasformando in sede deputata al mero esercizio del potere punitivo, con la conseguente e fisiologica deformalizzazione del rito. Il puro esercizio del potere non tollera ostacoli e predilige la semplificazione più congeniale alla necessaria libertà d'azione.

Se volessimo condensare in uno slogan la questione potremmo parlare del “processo ostacolo” che si frappone alla realizzazione del “processo di scopo”.

Nel valutare la proposta di riforma occorre, tuttavia, tenere ben distinti il piano assiologico da quello puramente tecnico.

Se ci limitassimo al secondo, cadremmo nell'errore di prospettiva di chi ha siglato i vari protocolli che hanno costituito il canovaccio degli emendamenti governativi. Non va infatti dimenticato che, nella fase della sospensione generalizzata, le udienze urgenti e indifferibili, ad esempio quelle di convalida delle misure precautelari, si sono già tenute nelle forme del processo a distanza, al di fuori di ogni previsione legale. È inutile sottolineare l'atipicità di tali processi non regolati dalla legge, ma solo da accordi intercorsi fra magistrati e avvocati, come se le forme processuali fossero materia negoziabile.

Quanto è accaduto rappresenta un precedente gravissimo, che va ben oltre lo stato d'eccezione, in quanto si pone al di fuori dei limiti costituzionali che, anche nell'emergenza, impongono comunque il primato della legge (eccezio-

³ MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed. agg. da Conso - Pisapia, I, a cura di D. Pisapia, Torino, 1967, 224.

nale o temporanea che sia).

Il tema delle fonti spurie della procedura penale non può essere affrontato in questa sede come meriterebbe, ma rimane il fatto che le deviazioni nate dalla contrattazione sulle regole del gioco rischiano di incrinare il valore di fondo rappresentato proprio dalla legalità processuale.

4. *La norma processuale in bianco e il vuoto della legge.* Passando all'esame degli emendamenti, va denunciato, anzitutto, che il processo a distanza, ammesso nei casi in cui non debbano essere sentiti testimoni diversi dagli operanti, non viene compiutamente disciplinato dalla legge. Il futuro art. 83 comma 12-*bis* d.l. n. 18 del 2020 è una disposizione in bianco che rinvia a un decreto nemmeno del Ministro della giustizia, ma del Direttore generale dei sistemi informativi del Ministero.

Il primo errore d'impostazione è, dunque, quello di non regolamentare per legge le modalità tecniche di svolgimento di un processo che si connota proprio per la sua veste tecnologica. Per essere più chiari, il processo a distanza si qualifica per la tecnologica impiegata e per le regole di gestione della stessa che non possono essere lasciate alle determinazioni di un dirigente amministrativo.

Il legislatore non può limitarsi ad imporre che «lo svolgimento dell'udienza avv[enga] con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti», demandando al funzionario ministeriale il compito di decidere quali concrete modalità siano rispettose dei principi costituzionali invocati. Se si vuole smaterializzare l'atto processuale, la sua nuova consistenza tecnologica finisce per costituire proprio l'oggetto della disciplina che non può essere delegato a una fonte amministrativa. Questo è un modo di legiferare che aggira la riserva di legge (art. 111 comma 1 Cost.), rinviando a fonti secondarie che ricordano molto da vicino quelle atipiche sulla cui base si sono già svolti in questi giorni i primi esperimenti di alchimia processuale.

Chi deciderà se la tecnologia sarà in grado di salvaguardare il diritto delle parti di partecipare al processo e di esercitare il contraddittorio? Un dirigente dei sistemi informativi del Ministero in luogo del Parlamento?

L'emendamento propone altre novità dirompenti che conviene esaminare schematicamente.

- A) Il difensore diventa, a tutti gli effetti, pubblico ufficiale incaricato di attestare l'identità del suo assistito libero e presente nella postazione remota difensiva. Cambia così il ruolo del difensore, ormai pubblico ufficiale, con relative responsabilità anche penali, in un processo a

cooperazione necessaria che mette in crisi il concetto classico di assistenza difensiva. Per comprendere l'avventatezza del cambiamento basta chiedersi cosa dovrà fare il difensore posto dinanzi al dilemma di un processo per sostituzione di persona? Quale identità attesterà? Ma sono anche altri i quesiti destinati a rimanere senza risposta da parte della legge. Nella postazione remota della difesa i microfoni saranno sempre aperti? Chi potrà gestirli? Cosa accadrebbe nel caso in cui il collegamento dovesse interrompersi? E' prevista la rinnovazione degli atti compiuti in costanza di un collegamento insoddisfacente? Se la postazione difensiva avesse problemi di connessione il processo verrebbe rinviato con sospensione dei termini? Se il difensore non avesse a disposizione *hardware* e *software* adeguati, quali sarebbero le conseguenze? Verrà imposto un vero e proprio dovere di *compliance* tecnologica al difensore, con relativi costi a suo carico?

Affrontare seriamente la complessità tecnologica del processo a distanza significa dare risposta, per legge, a un'infinità di quesiti, senza scegliere la soluzione pilatesca di scaricare sul malcapitato dirigente dei sistemi informativi il peso di scelte altamente politiche che spettano al Parlamento. Questioni tecniche che, come detto, diventano la materia di cui sarà composto il nuovo processo a distanza.

La previsione della postazione remota della difesa si espone anche a una considerazione critica di più ampio respiro: se l'obiettivo è garantire il distanziamento fra le persone, perché difensore e imputato dovrebbero condividere lo stesso spazio fisico? L'ufficio della difesa rende forse immuni dal contagio del virus? E ancora, perché il difensore, magari costretto a non allontanarsi dal luogo di abitazione, dovrebbe ospitare a casa sua l'assistito?

- B) L'udienza di convalida per arrestati e fermati non trasferiti in carcere, ma lasciati ai domiciliari, si può tenere con postazione remota collocata presso gli uffici di polizia. Non è chiaro, anzitutto, se questa possibilità sia rimessa alla scelta della difesa e, nel caso, come debba essere formulata la relativa richiesta oppure se la locuzione «possono partecipare da remoto all'udienza di convalida anche dal più vicino ufficio della polizia giudiziaria attrezzato» sia da intendersi come possibilità offerta all'autorità procedente. Ad ogni modo, c'è il rischio concreto che la navetta fra uffici di polizia in occasione dell'esecuzione della

misura precautelare, assegnazione ai domiciliari e ritorno nel volgere di poche ore presso gli stessi uffici per l'udienza si trasformi, nella prassi, in un trattenimento prolungato presso la sede della polizia, con buona pace delle ragioni garantistiche che hanno indotto il codice a limitare al massimo la disponibilità temporale del corpo dell'arrestato nelle mani della polizia (art. 386 comma 3 c.p.p.). Che dire, poi, dell'udienza che si celebra con la difesa confinata nelle caserme di polizia? Un'immagine quantomeno poco rassicurante se raffrontata all'estetica del processo celebrato a palazzo di giustizia.

- C) Nel processo "telematico" quali saranno le modalità di documentazione? Sarà sufficiente il verbale riassuntivo redatto dal cancelliere, unico privilegiato che potrà varcare l'ingresso del tribunale? O sarà il già citato dirigente a decidere in piena autonomia quale traccia resterà del processo *on line*? Il vuoto di tutela è macroscopico.
- D) L'apogeo della nuova disciplina è indubbiamente la camera di consiglio a distanza (art. 83 comma 12-*quater* d.l. n. 18 del 2020) che potrà vedere impegnati i collegi di tre o di otto giudici in corte d'assise a deliberare sentenze e ordinanze. Da tempo si lamenta il rarefarsi della collegialità, questa riforma sarà il colpo di grazia a un principio garantista e democratico. Ciò nondimeno, la disciplina tace su aspetti cruciali, quali, ad esempio, i protocolli tecnici in grado di garantire la segretezza della discussione *on line* all'interno della camera di consiglio. Senza dimenticare che la medesima segretezza dovrà essere garantita presso l'abitazione dei singoli giudici: come, con quali modalità, con quale attestazione non è dato sapere. Chi può escludere, ad esempio, che dietro la *webcam* del giudice popolare non si nasconda un losco figuro intento a condizionarne la volontà?

L'emendamento proposto non stabilisce, soprattutto, in quale luogo fisico si troverà il fascicolo per il dibattito che costituisce la base documentale della decisione. Nelle camere di consiglio tradizionali è sul tavolo attorno al quale si riuniscono i giudici, in quelle virtuali dove si troverà? Sarà a disposizione del giudice futuro redattore o del presidente? E gli altri giudici dovranno chiedere lumi a chi detiene gli atti e la loro conoscenza? O, più facilmente, la mancanza della disponibilità degli atti per tutti i giudici sarà il più potente stimolo alla monocraticità di fatto della decisione?

A monte di tutto ciò, quando nel corso del processo venisse richiesta l'acquisizione di una prova documentale, come si procederà alla materiale apprensione del documento? Come potranno i giudici decidere sull'ammissibilità della prova non fisicamente disponibile, magari per valutarne la genuinità? Ovviamente sarà il solerte direttore dei servizi informativi a stabilire riti e forme del processo a distanza.

- E) Lo svolgimento del processo a distanza è condizionato dalla circostanza che non debbano presenziare soggetti diversi dalle parti private, dai difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti. Ciò significa che non si potrà procedere all'assunzione delle testimonianze che vedano quale fonte di prova un soggetto diverso dagli operanti o anche alle ricognizioni, alle ispezioni e ai confronti nelle medesime condizioni, per tacere degli esperimenti giudiziari. L'istruzione probatoria appare, quindi, ontologicamente incompatibile con il processo a distanza, a meno che non si tratti di assumere le deposizioni degli operanti che già oggi sono ridotte a un simulacro di prova costituenda per effetto della generosa concessione giudiziale alla riproduzione degli atti di indagine. Questa ontologica incompatibilità può trasformarsi o nella limitazione dell'operatività del processo a distanza (soluzione auspicabile) o nella limitazione del diritto alla prova (soluzione deprecabile), *tertium non datur*. Il rischio, concreto, è che l'enfasi per il distopico processo telematico possa spingere i giudici a una ulteriore indebita limitazione di quel diritto alla prova che ha già subito l'affronto dell'art. 190-bis c.p.p. Vale la pena ricordare che una delle idee cardine della riforma del 1989 era proprio la consacrazione del diritto di difendersi provando, teorizzato già sotto la vigenza del c.p.p. del 1930⁴. Abbandonare il diritto alla prova per abbracciare il processo smaterializzato sarebbe il più grave dei tradimenti non solo dello spirito accusatorio della riforma di trent'anni fa (art. 190 c.p.p.), ma anche del giusto processo scolpito nella costituzione con lo scalpello del contraddittorio poietico per la prova (art. 111 commi 3 e 4 Cost.).
- F) L'ombra sinistra del progresso tecnologico si staglia anche sulla Cassazione (art. 83 comma 12-ter d.l. n. 18 del 2020). Le udienze camerale partecipate sono trasformate d'imperio in camerale con contradditto-

⁴ G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale* (1967), in ID., *Scritti giuridici*, III, *Il processo e le libertà*, Milano, 1997, p. 445 ss.

rio meramente cartolare. Il *vulnus* è profondo, pensando che tra le materie trattate vi è normalmente quella altamente sensibile della libertà personale che può segnare il destino di un individuo e anche del suo processo, quando in discussione vi sia la gravità indiziaria posta a base della cautela. Il ricorrente può, però, chiedere la trattazione nelle forme partecipate che, a questo punto, si trasformano nel processo a distanza. Quando la richiesta proviene dal difensore sono sospesi i termini di custodia cautelare e di prescrizione per il tempo in cui il procedimento è rinviato. Questa previsione appare del tutto ingiustificata, considerando che la richiesta del difensore integra la fisiologia del procedimento camerale partecipato, mentre l'eccezione è quella prevista in via temporanea dalla legge. Non si comprende, dunque, per quale ragione scaricare sull'imputato, addirittura detenuto, il costo, in termini di tempo, richiesto per assicurare la garanzia minimale della partecipazione in forma orale. Ma è il segno dei tempi e del ben noto *arrière-pensée* ministeriale.

Anche al giudizio in Cassazione si applica, in via ordinaria, la previsione della partecipazione a distanza, compresa la fase della deliberazione della decisione che verrà assunta in teleconferenza dai cinque giudici collocati presso le rispettive abitazioni. I dubbi che da tempo i mal pensanti avanzano sulla collegialità della Corte assediata dai 50.000 ricorsi annui potrebbero trovare nuova linfa. Occorre poi chiedersi come potranno i giudici remotizzati disporre degli atti del processo necessari per la discussione. Ognuno di loro si vedrà recapitato a casa il fascicolo del processo? Come faranno a garantire la collegialità della decisione senza avere sul tavolo fisico della camera di consiglio gli atti. Questa osservazione vale, ovviamente per ogni decisione collegiale, e non solo per quelle a cui è chiamata la Cassazione.

5. *Dal processo smaterializzato a quello virtuale.* - Quelle che precedono sono solo alcune riflessioni a prima lettura, nella consapevolezza che il testo degli emendamenti presentati dal Governo costituisce una fonte inesauribile di quesiti senza risposta e di perplessità tecnico-giuridiche.

Volendo concludere questo breve intervento, appare però necessario uno sguardo d'insieme che tenga conto degli scenari proiettati sul futuro post-emergenziale.

Si dice che spesso dalle crisi profonde derivino cambiamenti altrettanto inten-

si. In questo caso la tragica emergenza potrebbe mietere una vittima in più, il processo inteso come forma, rito e garanzia.

Il rischio è che il processo a distanza si trasformi per carenza di tipicità normativa e per prevedibili deviazioni applicative in un processo virtuale, un simulacro di processo, assecondando così quella pericolosa tendenza a considerare la sacralità delle forme del rito solo un ostacolo da rimuovere sul cammino caratterizzato dall'efficienza processuale.

Il passo che separa il processo smaterializzato dal processo virtuale è breve e il mostro tecnologico, oggi salutato con favore da appassionati futurologi, potrebbe ben presto ritorcersi contro gli stessi fautori della modernità.

Non è ovviamente una battaglia fra progressisti e conservatori, fra innovatori e reazionari. In gioco ci sono i diritti e le garanzie - si badi bene, non solo dell'imputato - che per essere tali devono avere una consistenza materiale, devono rispettare lo spazio fisico del processo penale: «la scena accusatoria lega i contendenti a date forme ... l'affare inquisitorio le dissolve tutte»⁵.

Il contraddittorio è partecipazione dialettica delle parti al processo (art. 111 comma 2 Cost.) «ossia quel gioco di interventi alternativi o contestuali, quell'andirivieni di domande e di repliche, di asserzioni e negazioni, che costellano l'*iter* del processo verso la fine»⁶. Il contraddittorio processuale può effettivamente trovare attuazione solo a patto che la contesa dialettica si svolga fra le parti poste in condizioni di parità *dinanzi al giudice* terzo e imparziale, non certo dinanzi a un computer che costituisce un diaframma fra le parti e fra loro e il giudice. L'immediatezza (art. 111 comma 3 Cost.) è strutturalmente inconciliabile con il processo a distanza. Anche il più sofisticato *software* di video conferenza non sarà mai in grado di restituire l'immediatezza di cui necessita il processo e di garantire l'effettività del contraddittorio. Ma come detto, la delicata valutazione di compatibilità fra nuove tecnologie ed effettivo rispetto dei diritti fondamentali del contraddittorio e della partecipazione al processo è rimessa dalla legge all'oscuro funzionario ministeriale che dovrà farsi carico di una decisione pressoché impossibile. Perché il limite e il baco dell'emendamento governativo sta proprio nella previsione che lo svolgimento dell'udienza avvenga con modalità tecniche idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Posto che nessuna tecnologia potrà mai surrogare la necessaria immediatezza su cui poggiano il diritto di difesa, il contraddittorio e la decisione del giudice, l'impossibilità di garantire tali valori è la negazione stessa della possibilità del processo a distanza.

⁵ CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981, 762.

⁶ FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, 100.

D'altronde, la storia ci ricorda che il governo della salute pubblica non ha mai partorito riforme ispirate al garantismo.