

**DECISIONI DEL COMITATO TECNICO-SCIENTIFICO, DISCREZIONALITÀ E RISPETTO DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEL SETTORE GIUSTIZIA DURANTE L'EMERGENZA DA COVID-19\***

**SIMONE BARBARESCHI\*\***

**Sommario**

1. Introduzione. Il numero esiguo di pareri del CTS in tema di amministrazione della giustizia e processo telematico. – 2. Le quattro fasi della giustizia durante l'epidemia da Covid-19 e il potere dei capi degli Uffici giudiziari. La sentenza n. 140/2021 della Corte costituzionale. – 3. Riflessioni sulla lesione dei principi di pubblicità e oralità. – 4. Quale giustizia dopo la pandemia? Considerazioni conclusive.

**Abstract**

*This essay focuses on the impact of the Technical-Scientific Committee (CTS) decisions on Italian justice during the Covid-19 pandemic and analyzes the main opinions expressed on this sector. In particular, the chosen point of view concerns the role played by CTS and its compliance with the rule of law. Furthermore, the essay develops the theme concerning the decisions taken by some procedural actors in balancing the right to defence and the right to collective health.*

**Suggerimento di citazione**

S. BARBARESCHI, *Decisioni del Comitato tecnico-scientifico, discrezionalità e rispetto del principio di legalità nel settore giustizia durante l'emergenza da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione del Convegno “La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica”, tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 “*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*” (SE.CO.R.E TECH).

\*\* Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre.

Contatto: [simone.barbareschi@uniroma3.it](mailto:simone.barbareschi@uniroma3.it)

### 1. Introduzione. Il numero esiguo di pareri del CTS in tema di amministrazione della giustizia e processo telematico

L'amministrazione della giustizia rappresenta uno dei principali settori dell'azione pubblica; anzi, si può dire che costituisca l'essenza stessa del potere statale: se è possibile – ma non sempre auspicabile – procedere a forme di privatizzazione dei servizi pubblici, non è pensabile che la risoluzione delle controversie, di interesse collettivo ovvero strettamente personale, venga demandata a soggetti privati<sup>1</sup>. Non è un caso che sin dalla prima elaborazione teorica del costituzionalismo moderno, quella di Thomas Hobbes, il *Leviatano* sia descritto come creatore di ordine, di certezza, nei rapporti tra gli individui e che la stipula del *pactum subiectionis* comporti la rinuncia a farsi giustizia da sé<sup>2</sup>.

Nel corso della pandemia da Covid-19, però, proprio la legittimazione delle istituzioni statali è sembrata ad alcuni minata dall'intervento degli organismi tecnici e scientifici – primo fra tutti il Comitato tecnico-scientifico<sup>3</sup> – nelle decisioni politiche; da qui, la continua rievocazione della deriva tecnocratica, della «medicalizzazione della politica»<sup>4</sup>, congiuntamente all'enunciato

<sup>1</sup> Il tema della giustizia privata è al centro dell'intenso dibattito sulla regolamentazione delle piattaforme digitali, su cui si rinvia, *ex multis*, a P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *federalismi.it*, n. 11/2020, p. 280 ss.; R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2021, spec. p. 1389 ss.; P. BIANCHI, *Piesczek e l'Independent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, in *Consulta online. Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 10 febbraio 2020; G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, in *www.garanteprivacy.it*; A. GIUBILEI, *Il nuovo Oversight Board istituito per il controllo dei contenuti su Facebook alla luce delle sue prime decisioni: tra natura paragiurisdizionale e tutela della libertà d'espressione*, in A. LO CALZO, L. PACE, G. SERGES, C. SICCARDI, P. VILLASCHI (a cura di), in *Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà*, *Rivista del Gruppo di Pisa – Quaderno n. 3*, p. 179 ss.; E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" dal titolo *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, 18-19 giugno 2021, rinvenibile sul sito *www.gruppodipisa.it*.

<sup>2</sup> Cfr., *ex multis*, M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 51 ss.; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Rivista AIC*, 17 luglio 2006; C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna, 2016 (trad. di Vittorio de Caprariis), p. 151 ss.; F. BARRA, *Le regole vogliono sacrifici*, in S. ANASTASIA, P. GONNELLA, *I paradossi del diritto. Scritti in onore di Eligio Resta*, in Roma Tre-press, Roma, 2019, p. 220.

<sup>3</sup> Istituito con decreto del Capo del Dipartimento della Protezione civile del 5 febbraio 2020.

<sup>4</sup> A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020, p. 497. Si vedano anche le posizioni di C. DELLA GIUSTINA, *Quel che resta della Costituzione italiana dopo l'emergenza sanitaria COVID-19. Riflessioni in materia di regionalismo differenziato e tecnocrazia*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, p. 1571 ss., nonché le tesi radicali di Giorgio Agamben espresse in molteplici recenti scritti, tra cui *Stato di eccezione e stato di emergenza*, in *Quodlibet*, 30 luglio 2020; *Biosicurezza e politica*, in *Quodlibet*, 11 maggio 2020.

schmittiano per cui «sovrano è colui che decide sullo stato d'eccezione»<sup>5</sup>.

A questo proposito, si deve constatare che anche in tempi ordinari la dimensione tecnico-scientifica esercita un'influenza sui settori di azione dello Stato costituzionale di diritto, ossia sulla funzione legislativa, su quella di indirizzo politico ed esecutiva, nonché sul potere giudiziario, inducendo una più ampia riflessione sulla tenuta dei pilastri del costituzionalismo contemporaneo. Tuttavia, con l'irrompere dell'emergenza «la tentazione di affidare alla scienza anche la selezione del contenuto discrezionale delle scelte politico-istituzionali da operare aumenta, comportando il rischio – *quantomeno a livello percettivo* – di una sostituzione o surrogazione dei metodi, delle forme e dei contenuti dei processi decisionali tipici della democrazia rappresentativa con modalità tecnocratiche di svolgimento dei medesimi»<sup>6</sup>. Allo stesso tempo, come è stato acutamente sostenuto, l'appello alle posizioni degli uomini di scienza rischia di produrre un annacquamento – fortuito o talvolta anche intenzionale – della responsabilità politica<sup>7</sup>.

Alla luce di queste premesse, allora, un'analisi dei pareri resi dal Comitato tecnico-scientifico in tema di amministrazione della giustizia assume un valore paradigmatico e costituisce un angolo di visuale privilegiato per esaminare il rapporto tra politica e scienza durante la pandemia.

Inoltre, si deve premettere che il rapporto tra diritto e tecnica nella gestione dell'emergenza da Covid-19 può essere declinato anche intendendo, più in generale, come tecnici coloro che sono dotati di una specifica competenza sapienziale, tale da differenziarli dai politici<sup>8</sup>. In questo modo, si esce dalla rigida

<sup>5</sup> C. SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 33 ss. Sul punto si rinvia alle recenti riflessioni di TORQUATO G. TASSO, *Tra ordine e caos. Lo stato di eccezione in Carl Schmitt*, in *Giustizia insieme*, 20 ottobre 2021.

<sup>6</sup> S. PENASA, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza Covid-19*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*. Volume II. Etica, comunicazione e diritti, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 60 ss. (corsivo aggiunto), il quale comunque esclude che durante la pandemia da Covid-19 si sia assistito ad una «delega in bianco agli esperti coinvolti». Per una più approfondita disamina del tema della ridefinizione dei paradigmi giuridici e di quelli della politica, già prima degli eventi eccezionali della pandemia, si veda A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 2 ss., il quale pone l'accento sull'impatto del fattore scientifico-tecnologico in generale sulle scienze umane e in particolare sul diritto.

<sup>7</sup> Cfr. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biolaw Journal*, S11/2020, p. 130.

<sup>8</sup> Non a caso B. CROCE, *Il ricorso ai "competenti" nelle crisi storiche*, in *Quaderni della critica*, 1948, 89, affermava che nei momenti di difficoltà della società si ripropone «quel "ricorso ai competenti", "agli uomini del Pensiero", "agli uomini della scienza" [...] e si moltiplicano da parte di gente di buone intenzioni "questionarii", come li chiamano, proposti a personaggi che hanno acquistato nome come matematici, fisici, filosofi, storici, artisti, letterati, affinché indichino le vie da seguire e i mezzi da adoperare per salvare il mondo dai pericoli presenti e ricondurlo alla vita di pace e di lavoro», indicando quindi con la qualifica di *tecnici* un ampio numero di soggetti specializzati chiamati nei momenti

equivalenza tra periti e scienziati, risultando possibile indagare la tenuta dei principi costituzionali che presiedono la materia del processo<sup>9</sup>.

Tutto ciò posto, però, un dato significativo che emerge dallo studio dei pareri resi dal 7 febbraio 2020 al 3 dicembre 2021<sup>10</sup>, è costituito dal numero esiguo di volte in cui il Comitato tecnico-scientifico è stato chiamato a pronunciarsi sulle modalità di esercizio delle competenze del Ministero della giustizia.

In particolare, solo dieci volte il Comitato si è espresso su tematiche attinenti all'amministrazione della giustizia: in sei occasioni il CTS ha affrontato il problema della limitazione del contagio da Covid-19 nei contesti di esecuzione penale<sup>11</sup>, mentre nelle restanti quattro l'organo ha espresso delle valutazioni sullo svolgimento delle prove di esame per l'abilitazione alla professione forense e per l'accesso in magistratura.

Nello specifico, su istanza del Ministero della giustizia, nel verbale dell'8 novembre 2020 (n. 124) il CTS si esprime sull'organizzazione degli esami di abilitazione alla professione di avvocato programmati per i giorni 15, 16 e 17 dicembre 2020. La stringata risposta del Comitato al quesito risulta di particolare interesse sotto il profilo argomentativo: nello scongiurare lo svolgimento delle prove non si motiva solo facendo riferimento alle diverse centinaia o migliaia di candidati che dovrebbero spostarsi verso le sedi delle Corti di Appello, all'impossibilità di prevenire assembramenti e alla lunga durata delle prove, ma

di crisi. Il passo di Croce è riportato anche da A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit. Seppur all'interno di un'analisi del rapporto tra amministrazione e indirizzo politico si veda A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, in Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 11, che con riferimento all'incidenza del c.d. "paradigma tecnologico" sull'amministrazione afferma si tratti di «un profilo in parte diverso rispetto alla questione del rapporto tra tecnica e politica nell'esercizio delle funzioni governative in quanto il concetto di tecnologia non è certo sussumibile in quello della tecnica. Ma non va, a mio avviso, neppure del tutto trascurato, in quanto investe la stessa idea della politica, delle sue forme e della ridefinizione dei suoi spazi»; nonché P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, ivi, p. 81, per cui «sia "tecnica" che "politica" sono termini polisemici».

<sup>9</sup> A tal proposito, si veda A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., p.128 ss., sulla giurisprudenza costituzionale relativa alle deroghe al principio di legalità laddove vengano in rilievo competenze tecniche. In particolare, sulla scorta dell'impostazione cristallizzata nella sent. n. 31/2001 si può affermare, in via generale, che se le regole tecniche non danno luogo a delle limitazioni dell'autonomia politico-amministrativa dell'ente «il principio di legalità può dirsi soddisfatto dall'esistenza di norme legislative abilitative di organi del potere esecutivo, dotati di specifiche attitudini».

<sup>10</sup> Reperibili sul sito del Dipartimento della Protezione civile all'indirizzo <https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico>.

<sup>11</sup> Su cui si veda il contributo di C. STORACE in questo numero. Più in generale sul tema della tutela dei diritti dei detenuti durante la pandemia si vedano, *ex multis*, G.L. GATTA, *Carcere e coronavirus: che fare?*, in *Sistema penale*, 12 marzo 2020; A. LORENZETTI, *Il carcere al tempo del Coronavirus*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, p. 48 ss.; G. CHIOLA, *Il coronavirus e la rivolta nelle carceri italiane*, in *federalismi.it* – Osservatorio emergenza Covid-19, 1 aprile 2020; C. STORACE, *Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà nel periodo di emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, p. 12 ss.

si mette in risalto innanzitutto la vigenza del DPCM del 3 novembre 2020, il cui art. 1, comma 9, lett. z) sospendeva le procedure concorsuali e di abilitazione professionali, salvo che non si svolgessero tramite la sola valutazione dei titoli o in modalità telematica<sup>12</sup>.

A tal proposito, non può non sottolinearsi la singolarità del richiamo di un atto normativo da parte di un gruppo di esperti, con un'indubbia «conoscenza dei fenomeni epidemiologici [anche] dal punto di vista burocratico ed amministrativo», ma chiamato – prima di tutto – ad esercitare una funzione di consulenza scientifica<sup>13</sup>. In particolare, viene da chiedersi se l'indicazione all'interno del parere della normativa in vigore (frutto di una scelta politica, per quanto necessitata) costituisca una mera clausola di stile ovvero rafforzi l'opinione negativa rispetto alle prove scritte. In questo secondo caso, infatti, si avrebbe un “ribaltamento” della prospettiva da cui, in questi mesi, è stato raccontato il rapporto tra tecnica e politica<sup>14</sup>, portando finanche a ritenere che vi possa essere un'influenza del politico sulla decisione scientifica<sup>15</sup>.

Parimenti, assumono rilievo i pareri del 24 febbraio (n. 158) e del 5 marzo (n. 162) del 2021, sempre in tema di abilitazione alla professione forense, sia perché mostrano un'apertura del CTS anche a quesiti provenienti da soggetti

<sup>12</sup> Si legge, infatti, nel parere dell'8 novembre 2020 che «il CTS sottolinea l'attuale vigenza dell'art. 1, comma 9, lett. z) del DPCM 03/11/2020». Questa disposizione prevedeva la sospensione dello «svolgimento delle prove preselettive e scritte delle procedure concorsuali pubbliche e private e di quelle di abilitazione all'esercizio delle professioni, a esclusione dei casi in cui la valutazione dei candidati sia effettuata esclusivamente su basi curriculari ovvero in modalità telematica, nonché ad esclusione dei concorsi per il personale del servizio sanitario nazionale, ivi compresi, ove richiesti, gli esami di Stato e di abilitazione all'esercizio della professione di medico chirurgo e di quelli per il personale della protezione civile, ferma restando l'osservanza delle disposizioni di cui alla direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione n. 1 del 25 febbraio 2020 e degli ulteriori aggiornamenti. Resta ferma la possibilità per le commissioni di procedere alla correzione delle prove scritte con collegamento da remoto».

<sup>13</sup> Cfr. S. PENASA, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza Covid-19*, cit., p. 76 ss., il quale, nel raffrontare la struttura e le modalità operative del CTS con l'omologo francese, sottolinea che l'esperienza «attualmente in corso nell'ordinamento italiano appare concepita e progettata per fronteggiare una situazione emergenziale, risultando più difficile ipotizzarne – alla luce delle caratteristiche evidenziate – una eventuale normalizzazione per tempi ordinari». Sul punto si veda pure M. TERZI, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020, p. 287 ss., il quale richiama il decreto istitutivo del CTS, ove si parla di «autorevoli esperti» del settore sanitario.

<sup>14</sup> Su cui si veda quanto detto poc'anzi circa la “deriva tecnocratica”, da più parti inopinatamente evocata.

<sup>15</sup> A tal proposito, giova rilevare che lo stesso DPCM del 3 novembre non richiama alcun parere o interlocuzione con il Comitato tecnico-scientifico. Inoltre, non sembra scalfire le perplessità indicate nel corpo del testo il fatto che il decreto del Ministro della giustizia del 10 novembre 2020, con cui si rinviano le date di esame, richiami espressamente il parere del Comitato tecnico-scientifico dell'8 novembre, poiché appare meramente esecutivo della precedente decisione del Consiglio dei ministri.

non istituzionali, sia in ragione dell'impatto delle risposte fornite dal Comitato sulle decisioni politiche del Governo.

Con riferimento al primo profilo, è necessario sottolineare che i due pareri sono stati adottati, l'uno, su sollecitazione di due associazioni di praticanti avvocati<sup>16</sup> e, l'altro, su richiesta del Ministero della giustizia. Il contenuto di queste due richieste era pressoché identico: in entrambe si portava all'attenzione del CTS l'impossibilità di applicare il Protocollo di sicurezza per lo svolgimento delle prove concorsuali adottato dal Dipartimento della Funzione Pubblica presso la Presidenza del Consiglio in data 3 febbraio 2021<sup>17</sup>.

Riguardo invece alle posizioni espresse dal Comitato tecnico-scientifico, se nel primo parere ci si limita a rilevare che «la previsione del numero anche di diverse centinaia o migliaia di candidati che contemporaneamente dovrebbero spostarsi verso le sedi di esame, con la potenziale impossibilità di prevenire assembramenti e la lunga durata prevista delle prove di esame costituiscano, nella contingenza attuale della pandemia, criticità molto rilevanti», rimettendo al Ministero della giustizia l'individuazione delle modalità organizzative più idonee per la prevenzione del contagio, nel secondo atto si esclude del tutto la possibilità di svolgere l'esame di abilitazione nei giorni del 13, 14 e 15 aprile 2021, in ragione dell'incremento dell'indice RT e dell'insorgenza di numerose varianti virali.

Dopo aver rinviato le prove scritte<sup>18</sup>, il Governo ha modificato le modalità di abilitazione con il d.l. n. 31/2021 e un decreto del Ministro della giustizia del 13 aprile 2021, prevedendo la nuova forma di esame con il doppio orale.

Con riferimento a questa vicenda, il sospetto è che non fosse davvero necessario un parere del CTS per procedere al rinvio delle prove e, di seguito, ad una ridefinizione dell'esame di abilitazione forense durante la pandemia e, quindi, che – *a contrario* rispetto alla situazione precedente – le posizioni degli esperti abbiano supportato una scelta politica innovativa e sotto molti aspetti virtuosa.

Altrettanto interessante è il parere del 23 aprile 2021 (n. 11), sul «Progetto organizzativo» per il concorso come magistrato ordinario<sup>19</sup>, poiché il CTS – oltre a richiedere che le previsioni del protocollo predisposto dal Ministero

<sup>16</sup> La richiesta è stata presentata congiuntamente dall'Unione Praticanti Avvocati (U.P.A.) e dall'Associazione Italiana Praticanti Avvocati (A.I.P.A.V.V.).

<sup>17</sup> Il Protocollo per lo svolgimento delle prove concorsuali era stato adottato dal Dipartimento della Funzione pubblica presso la Presidenza del Consiglio sulla base delle indicazioni fornite dallo stesso Comitato tecnico-scientifico (verbale del 29/01/2021, n. 150). Tra le diverse previsioni del protocollo vi era anche quella per cui si poteva procedere alle prove concorsuali solo se presenti un numero massimo di trenta persone nello stesso ambiente.

<sup>18</sup> Con una nota del Ministro della Giustizia ai Presidenti delle Corti di Appello del 5 marzo 2021.

<sup>19</sup> Lo svolgimento del Concorso in magistratura durante l'emergenza pandemica è stato regolato dal decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44.

assumessero valore cogente (come ad esempio quella relativa alla presentazione di un referto attestante la negatività al virus) – rileva una criticità nello spostamento dei candidati di alcune regioni del sud sino a Milano, consigliando di individuare un'ulteriore sede più vicina, oltre a quella di Bari, per l'espletamento delle prove. Tuttavia, il Decreto ministeriale del 25 maggio 2021 disattende del tutto questa indicazione, confermando la città pugliese come l'unica del meridione per lo svolgimento degli scritti.

In ogni caso, il dato più significativo che emerge dall'analisi dell'intera documentazione prodotta dal CTS risiede nel fatto che il tema dell'esercizio dell'attività giudiziaria compare una sola volta e segnatamente all'interno di un parere adottato nella primissima fase della pandemia, ossia nel verbale dell'7 marzo 2020 (n. 21). In questa seduta il Comitato tecnico scientifico propone due livelli di misure di contenimento del Covid-19<sup>20</sup>: il primo si applica alle zone con una maggiore diffusione del virus, il secondo invece all'intero territorio nazionale.

Con riferimento a quest'ultimo ambito, pur confermandosi l'utilità delle misure a carattere nazionale individuate dal DPCM del 4 marzo 2020, si indicano ulteriori strumenti di contenimento, tra i quali ai nostri fini certamente rileva «la sospensione delle attività svolte dai tribunali, salvo quelle strettamente necessarie»<sup>21</sup>.

In sostanza, quindi, il tema della gestione del processo – e più in generale dell'attività giudiziaria – non è stato oggetto di valutazione da parte del Comitato tecnico-scientifico. Allo stesso tempo, come si vedrà meglio nel prosieguo, sin dai primi atti normativi di rango primario adottati dal Governo si rinven- gono delle indicazioni in materia di sospensione dei termini e rinvio delle udienze.

Alla luce di tale quadro, allora, si dovrebbe concludere che, quantomeno nel settore della giustizia, non si sia verificata alcuna sostituzione tecnica alla decisione politica e che, anzi, la disciplina tramite fonti di rango primario di una materia fondamentale per l'*agere pubblico* sia da valutare positivamente. Ciononostante, dall'analisi degli atti normativi adottati sembrerebbe emergere l'espandersi della discrezionalità di altri soggetti – non tecnici in senso stretto, ma dotati di una certa specializzazione – come le associazioni di categoria, i

<sup>20</sup> Lett. i) delle misure di contenimento da applicarsi sull'intero territorio nazionale. Sulla divisione in zone del territorio statale si veda il contributo di L. PACE in questo numero della Rivista.

<sup>21</sup> Secondo chi scrive, tra l'altro, in questo caso il CTS sembrerebbe procedere ad un' "estensione" della previsione contenuta nell'art. 10 del d.l. 2 marzo 2020, n. 9, sull'esercizio dell'attività giudiziaria nei comuni maggiormente colpiti dal virus. Un ulteriore profilo del parere del 7 marzo 2020 da tenere in considerazione concerne la sua giustificazione scientifica, ossia se la limitazione dei servizi presso i tribunali e gli altri organi giurisdizionali abbia trovato un adeguato basamento scientifico. Secondo chi scrive, la posizione del CTS pare trovare un'ideale motivazione nei dati epidemiologici forniti dall'Istituto superiore di sanità, richiamati in apertura del parere.

difensori e i capi degli uffici giudiziari, nonché la frizione con alcune garanzie costituzionali in materia processuale.

Alla luce di queste premesse, nelle pagine che seguono ci si soffermerà soprattutto sul rispetto, durante la pandemia, dei principi fondamentali alla base del processo, ossia del principio di eguaglianza (art. 3) e dell'esercizio della giurisdizione mediante il giusto processo regolato da legge (art. 111 Cost)<sup>22</sup>.

## 2. Le quattro fasi della giustizia durante l'epidemia da Covid-19 e il potere dei capi degli Uffici giudiziari. La sentenza n. 140/2021 della Corte costituzionale

La situazione emergenziale da Covid-19 ha comportato un mutamento dell'estetica della giurisdizione, grazie ad una massiccia smaterializzazione dell'attività giudiziaria e un'espansione del "processo a distanza".

Nello specifico, il «minimo comun denominatore» delle disposizioni emergenziali che hanno impattato sui diversi settori della giustizia è rappresentato dalla possibilità di procedere alla celebrazione delle udienze da remoto<sup>23</sup>. A tal proposito, si deve notare che dall'analisi dell'evoluzione della normativa in materia di processo durante la pandemia emerge immediatamente che «la tecnica del legislatore emergenziale italiano (...) [è] stata molto diversa da quella dei suoi omologhi»: a differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti, non è stato adottato un unico provvedimento (o al più due), contenente delle norme *ad hoc* per la celebrazione da remoto, ma sono stati approvati una pluralità di atti, tentando di volta in volta di adattare le previsioni normative alla curva dei contagi<sup>24</sup> ovvero alle esigenze di prevenzione<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Sul punto si rinvia per una trattazione generale, *ex multis*, a A. GAITO, *Introduzione allo studio del diritto processuale penale alla luce dei principi costituzionali*, in AA.VV., *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 4 ss.; G. CONSO, *Introduzione*, in ID., V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2014, p. LII ss.

<sup>23</sup> Cfr. J. FERRACUTI, *L'emergenza Covid-19 e l'udienza pubblica 'da remoto'. Profili di costituzionalità*, in *Nomos*, 3/2021, p. 16, il quale rileva comunque che non si tratta di una novità assoluta per l'ordinamento italiano, rinvenendosi già nel settore penale alcune disposizioni che consentivano la trattazione a distanza; tuttavia, rileva l'A., questa modalità di trattazione è stata considerata la più dirompente, probabilmente a causa della previsione quasi sistematica del pubblico alle udienze.

<sup>24</sup> Cfr. J. DELLA TORRE, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica, Processo penale e giustizia*, 1/2021, il quale, con riferimento al settore penale, evidenzia la scelta del legislatore italiano è stata molto diversa da quella effettuata in altri Stati, europei e non. In particolare, in Italia non sono state adottate delle norme speciali rispetto agli artt. 146-bis e 147-bis disp. att. - introdotte alla fine degli anni '80 nel nostro ordinamento al fine di tutelare i collaboratori di giustizia attraverso la loro partecipazione a distanza -, bensì una molteplicità di atti, nel tentativo di adattare la normativa al mutamento dei contagi. Tuttavia, pur riconoscendo la razionalità in questi interventi, l'A. sottolinea che le «previsioni approvate a questo riguardo sono risultate affette da un'approssimazione tecnica davvero preoccupante, di modo che il susseguirsi continuo di novelle ha dato vita a una disciplina ben più oscura e cervelotica di quella delineata negli ordinamenti esteri esaminati».

<sup>25</sup> Difatti, la legge 17 luglio 2020, n. 77 pur implementando, come si vedrà, la trattazione da remoto è stata adottata in un momento di diminuzione del contagio.



In particolare, è possibile individuare quattro fasi della normativa emergenziale in tema di processo e, specie nel settore penale, quattro modelli di processo a distanza<sup>26</sup>. Ai nostri fini, però, rileva soprattutto che solo dalla fine di aprile del 2020 il legislatore dell'emergenza inizia a dettare una disciplina per lo svolgimento da remoto delle udienze, per mezzo dell'introduzione di apposite previsioni all'interno dell'art. 83 del d.l. n. 18/2020. In particolare, con il d.l. n. 28/2020, il Governo innesta i commi da 12-*bis* a 12-*quinqüies* nell'art. 83, andando a regolare alcuni profili essenziali del processo a distanza: l'indicazione dei presupposti e dei procedimenti in cui si applica, la competenza del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati (DGSIA) nell'individuazione delle piattaforme per i collegamenti, le garanzie delle parti nel processo, nonché numerosi altri aspetti, come quelli concernenti le modalità di attestazione dell'identità delle parti<sup>27</sup>.

Ciò vuol dire che dal 9 marzo al 28 aprile 2020, invece, nel silenzio dei dd.ll.

<sup>26</sup> Cfr. G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: modelli a confronto e prospettive future*, in *Cassazione penale*, 2/2021, p. 698 ss., la quale con riferimento al settore penale distingue tra: a) il modello "consensuale", relativo alla primissima fase emergenziale; b) il modello "a smaterializzazione diffusa", che ha operato tra fine aprile 2020 e fine giugno dello stesso anno; c) il modello "a smaterializzazione generalizzata"; d) il modello "del distanziamento sociale 2.0"; con riferimento al processo civile si veda G. FICHERA, *Le quattro fasi del processo civile al tempo della pandemia*, in *Judicium. Il giudizio civile in Italia e in Europa*, 2 febbraio 2021; per una ricostruzione efficace, sino al maggio 2020 si vedano A. CARRATTA, G. COSTANTINO, *Giustizia civile ed emergenza Coronavirus. Quadro d'insieme della legislazione d'emergenza*, in *Giur. it.*, 8-9/2020, p. 2044 ss.; G. RUFFINI, *Emergenza epidemiologica e processo civile*, in *Questione giustizia*, 2021; con riferimento al processo amministrativo si veda per una ricostruzione di sintesi A. MANZIONE, *I giudici e la pandemia*, in *federalismi.it*, Paper-12 gennaio 2022, 4-8, nonché, *ex multis*, C. VOLPE, *Il superamento del "processo cartolare coatto". Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?*, in *Giust.Amm.it*, 2020; M. CRISCI, *La spinta della pandemia alla telematizzazione completa del processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 17/2021, p. 53 ss.; F. FRANCIOSI, *L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; M.A. SANDULLI, N. POSTERARO, *Procedimento amministrativo e Covid-19. Primissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedurali e sulla conservazione dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell'art. 103 d.l. n. 18 del 2020*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 27 marzo 2020; P.A.G. DI CESARE, *Il processo amministrativo nell'emergenza. Oralità, pubblicità e processo telematico*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>27</sup> Sul punto si veda G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: modelli a confronto e prospettive future*, cit., par. 4, la quale sostiene che con il decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, si introduce nel nostro ordinamento il modello a "smaterializzazione diffusa", che ha trovato applicazione dal 29 aprile al 30 giugno 2020. In particolare, con il decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 il legislatore ha introdotto i commi 12-*bis*, 12-*quater*, 12-*quinqüies*, 12-*quater* 1 e 12-*quater* 2, prevedendo espressamente la possibilità di celebrare da remoto i processi. Di particolare importanza è la previsione contenuta nell'art. 83, comma 12-*bis*, con la quale il legislatore ha previsto la possibilità che venissero celebrate alcune udienze penali da remoto, mediante gli strumenti individuati con provvedimento del DGSIA, purché nel corso dell'udienza venisse salvaguardato il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Come vedremo a breve l'A. evidenzia che, a differenza di quanto avvenuto nella primissima fase della pandemia, nel modello a smaterializzazione diffusa «il principio di legalità processuale è rispettato, almeno da un punto di vista formale».

nn. 9/2020, 11/2020 e della prima versione del d.l. n. 18/2020 (c.d. Cura Italia), la regolamentazione delle udienze non rinviabili<sup>28</sup>, e quindi eventualmente del processo a distanza, è stata demandata a dei protocolli di intesa stipulati tra i Tribunali, i Consigli dell'Ordine e le Camere penali del luogo<sup>29</sup>. Queste

<sup>28</sup> L'art. 83 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 prevedeva che «1. Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020. 2. Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali. 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. Si intendono altresì sospesi, per la stessa durata indicata nel primo periodo, i termini per la notifica del ricorso in primo grado innanzi alle Commissioni tributarie e il termine di cui all'articolo 17-bis, comma 2 del decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546. 3. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non operano nei seguenti casi: a) cause di competenza del tribunale per i minorenni relative alle dichiarazioni di adottabilità, ai minori stranieri non accompagnati, ai minori allontanati dalla famiglia ed alle situazioni di grave pregiudizio; cause relative ad alimenti o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità; procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona; procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di tutela, di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione nei soli casi in cui viene dedotta una motivata situazione di indifferibilità incompatibile anche con l'adozione di provvedimenti provvisori e sempre che l'esame diretto della persona del beneficiario, dell'interdicendo e dell'inabilitando non risulti incompatibile con le sue condizioni di età e salute; procedimenti di cui all'articolo 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833; procedimenti di cui all'articolo 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194; procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari; procedimenti di convalida dell'espulsione, allontanamento e trattenimento di cittadini di paesi terzi e dell'Unione europea; procedimenti di cui agli articoli 283, 351 e 373 del codice di procedura civile e, in genere, tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti. In quest'ultimo caso, la dichiarazione di urgenza è fatta dal capo dell'ufficio giudiziario o dal suo delegato in calce alla citazione o al ricorso, con decreto non impugnabile e, per le cause già iniziate, con provvedimento del giudice istruttore o del presidente del collegio, egualmente non impugnabile; b) procedimenti di convalida dell'arresto o del fermo, procedimenti nei quali nel periodo di sospensione scadono i termini di cui all'articolo 304 del codice di procedura penale, procedimenti in cui sono applicate misure di sicurezza detentive o è pendente la richiesta di applicazione di misure di sicurezza detentive e, quando i detenuti, gli imputati, i proposti o i loro difensori espressamente richiedono che si proceda, altresì i seguenti: 1) procedimenti a carico di persone detenute, salvo i casi di sospensione cautelativa delle misure alternative, ai sensi dell'articolo 51-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354; 2) procedimenti in cui sono applicate misure cautelari o di sicurezza; 3) procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione o nei quali sono disposte misure di prevenzione. c) procedimenti che presentano carattere di urgenza, per la necessità di assumere prove indifferibili, nei casi di cui all'articolo 392 del codice di procedura penale. La dichiarazione di urgenza è fatta dal giudice o dal presidente del collegio, su richiesta di parte, con provvedimento motivato e non impugnabile».

<sup>29</sup> Cfr. G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: modelli a confronto e prospettive future*, cit., par. 3, la quale evidenzia che l'art. 83, comma 7, prevedeva il potere dei capi degli uffici giudiziari di adottare delle linee guida vincolanti per la fissazione e trattazione delle udienze (lett. d), nonché la possibilità di disporre la celebrazione a porte chiuse delle udienze ai sensi dell'art. 472, comma 3,

previsioni rifluivano poi nelle linee guida adottate dai Capi degli Uffici giudiziari.

Non si può non rilevare, allora, che durante la primissima fase della pandemia si è assistito ad una sorta di “delega di bilanciamento”<sup>30</sup> a favore delle intese tra gli attori processuali; una delega che si è posta in contrasto con il rispetto del principio di legalità in materia processuale (di cui all’art. 111, comma 1, Cost.)<sup>31</sup> e in frizione con il principio di eguaglianza, in quanto la legislazione emergenziale non ha previsto né specifiche norme per il processo a distanza, né più in generale la possibilità di procedere alla trattazione da remoto delle udienze penali<sup>32</sup>, rimettendo ai singoli uffici la definizione di alcuni aspetti essenziali del rito.

A tal proposito, allora, viene da chiedersi se l’adozione – sin dall’insorgere dell’emergenza pandemica – di una normativa statale in tema di processo telematico, magari supportata da un parere del CTS (che a più riprese si era espresso favorevolmente all’esercizio in via telematica dell’azione pubblica) non potesse giovare al rispetto del principio di legalità in materia processuale.

Tra l’altro, il tema del bilanciamento da parte di soggetti che presentano un certo livello di “tecnicità” e “discrezionalità”, come i Capi degli Uffici giudiziari, è stato oggetto di scrutinio da parte della Corte costituzionale nella sentenza del 25 maggio 2021, n. 140, sebbene con riferimento all’annoso problema della sospensione della prescrizione. Com’è noto, nell’ordinamento

c.p.p. (lett. e). L’A. rileva che in questo frangente la scelta se autorizzare la trattazione da remoto delle udienze era rimessa ai capi degli uffici giudiziari, sentiti il consiglio dell’ordine degli avvocati e le camere penali. Inoltre, l’A. ritiene possibile distinguere diverse ipotesi all’interno della normativa: nel caso di persona sottoposta alla misura della custodia cautelare ovvero in stato di detenzione, il comma 12 dell’art. 83 disponeva, «ove possibile» la partecipazione mediante videoconferenza ovvero attraverso collegamenti da remoto, secondo le modalità individuate dal DGSIA. Nel caso, invece, di persona arrestata i protocolli d’intesa disponevano l’istaurazione del collegamento dall’interno della casa circondariale ovvero nel caso di arresti domiciliari dal più vicino ufficio di polizia attrezzato per la videoconferenza. Per gli imputati liberi tanto la normativa emergenziale, quanti i protocolli disponevano il rinvio delle udienze. Sul tema della regolazione pattizia si veda anche L. GIORDANO, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *Dir. pen. e processo*, 7/2020, par. 4, ove, tra le altre cose, si evidenzia che «dalla partecipazione al giudizio a distanza delle persone detenute, cui fa riferimento l’art. 83, comma 12, del D.L. n. 18 del 2020 (...) si è passati ben presto a quella anche del difensore, del pubblico ministero e degli agenti o ufficiali di polizia giudiziaria che hanno provveduto all’arresto o al fermo».

<sup>30</sup> Cfr. F. RUGGIERI, *Il processo penale al tempo del Covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi*, in *Legislazione penale*, 18 maggio 2020, il quale rileva che «nella “concertazione” con gli enti territoriali, gli organismi della sanità pubblica e, soprattutto, i diversi consigli dell’ordine, avvocati e magistrati hanno anche creato nuove norme processuali».

<sup>31</sup> Su tale principio, più in generale, si veda O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Criminalia*, 2016, p. 329 ss.; C. VALENTINI, *Contro l’invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Piero Calamandrei*, in *Archivio penale*, 2/2018, p. 24 ss.

<sup>32</sup> Cfr. G. BARONE, cit., par. 3.

costituzionale italiano la disciplina della prescrizione non ha natura processuale, bensì sostanziale, rispondendo quindi al principio di legalità in materia penale previsto dall'art. 25 Cost.<sup>33</sup>

In particolare, la citata decisione risulta di indubbio interesse, soprattutto se raffrontata con il precedente n. 278/2020, in cui il giudice delle leggi ha affermato la non fondatezza della questione – sollevata da diversi tribunali italiani – sulla compatibilità con il dettato costituzionale della sospensione della prescrizione prevista dalla normativa emergenziale nelle ipotesi di rinvio *ex lege* delle udienze e di interruzione dei termini processuali<sup>34</sup>.

Nella sentenza n. 140/2021, invece, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 83, comma 9, del decreto-legge n. 18/2020, nella parte in cui prevedeva la sospensione della prescrizione per il tempo in cui – ai sensi del comma 7, lett. g) – i Capi degli Uffici giudiziari disponessero, in ragione di specifiche esigenze sanitarie e organizzative dell'ufficio, il rinvio dei procedimenti fissati dal 12 maggio al 30 giugno 2020 ad una data successiva a quest'ultima<sup>35</sup>: la disposizione legislativa risultava incostituzionale in quanto «nel prevedere una fattispecie di sospensione del termine della prescrizione, rinvia a una regola processuale, recante la sospensione del processo, il cui contenuto è definito integralmente dalle misure organizzative del capo dell'ufficio giudiziario, così esibendo un radicale *deficit* di determinatezza della fattispecie, per legge, con conseguente lesione del principio di legalità»<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Sul punto si vedano l'ord. n. 24/2017 e la sent. n. 115/2018 della Corte costituzionale relative alla c.d. Saga Taricco. Sulla natura sostanziale della prescrizione si rinvia, *ex multis*, ai contributi di D. PULITANO, *La moralità della prescrizione per decorso del tempo*, in *Criminalia*, 2017, p. 411 ss.; A. MACCHIA, *Prescrizione, Taricco e dintorni: spunti a margine di un sistema da riformare*, in *Questione giustizia*, 1/2017; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo "certo"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6/2018.

<sup>34</sup> Nello specifico, i Tribunali ordinari di Siena, Roma e Spoleto avevano sollevato una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 83, comma 4, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, dubitandone la compatibilità con l'art. 25, comma 2, della Costituzione. La disposizione indubbiamente disponeva la sospensione della prescrizione dal 9 marzo 2020 all'11 maggio 2020 in tutti i procedimenti in cui operava la sospensione dei termini per il compimento degli atti processuali, ai sensi dell'art. 83, comma 2, dello stesso decreto-legge. Sulla decisione si vedano i commenti di D. MARTIRE-T. PISTONE, *Sospensione della prescrizione, principio di legalità e bilanciamento sempre possibile. Considerazioni a margine della sentenza n. 278 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2021, p. 166 ss.; G.L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in *Sistema penale*, 26 dicembre 2020; R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema dell'irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid. Considerazione a margine di Corte cost., sentenza 23 settembre 2020, n. 278*, in *Sistema penale*, 8 febbraio 2021.

<sup>35</sup> *Amplius* sulla decisione L. SOTTILE, *Nel dedalo del principio di legalità durante l'emergenza epidemiologica. Brevi note a margine della sent. n. 140/2021*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2021, p. 411 ss.

<sup>36</sup> Corte cost., sent. n. 140/2021, *Considerato in diritto* n. 16. A tal proposito, si deve rilevare che

In sostanza, quindi, il giudice delle leggi arriva ad una declaratoria di illegittimità perché l'assenza di determinatezza della previsione avrebbe consentito una valutazione *case by case* da parte dei capi ufficio, con inevitabili divergenze di trattamento – e quindi ricadute in tema di prescrizione – tra i procedimenti e gli Uffici giudiziari.

Infine, si deve evidenziare un ulteriore profilo, attinente soprattutto allo studio delle fonti del diritto: l'art. 83, comma 7, lett. d), d.l. n. 18/2020 dispone che, al fine di contenere la diffusione del virus e gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, i Capi degli Uffici giudiziari possono adottare delle «linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze».

A tal proposito, è interessante notare che il legislatore, attraverso la previsione della loro vincolatività, sembrerebbe aver attribuito alle linee guida un vero e proprio carattere normativo, nonché una forza equiparabile a quella delle fonti di rango secondario, piuttosto che quella tipica delle fonti sub-secondarie (come, ad esempio, le circolari) e della *soft-law*<sup>37</sup>. Inoltre, non si può non rilevare che a questi atti dalla natura ibrida si sono venuti affiancando una

nei confronti dell'art. 83, comma 9, del d.l. n. 18 del 2020 sono state sollevate plurime questioni di legittimità costituzionale, evocando innanzitutto come parametro l'art. 3 Cost., in quanto secondo uno dei giudici *a quibus* si veniva configurando una violazione del principio di ragionevolezza ed eguaglianza, poiché la sospensione della prescrizione sarebbe la conseguenza dell'adozione di misure organizzative – di natura esclusivamente eventuale e discrezionale – da parte dei singoli capi degli uffici giudiziari. Parimenti, i giudici rimettenti denunciavano la violazione dell'art. 25, comma 2, Cost., poiché la disposizione censurata avrebbe introdotto una causa di sospensione della prescrizione – collegata al rinvio delle udienze di cui all'art. 83, comma 7, lett. g), del d.l. n. 18 del 2020, senza una previsione precisa e tassativa dei processi da rinviare, in ragione dell'incidenza delle differenti ragioni organizzative dei singoli uffici e del carico del ruolo del magistrato giudicante (cfr. *Considerato in diritto* n. 1).

<sup>37</sup> Pur ponendosi l'accento sul carattere non vincolante delle linee guida, sull'uso delle stesse durante la pandemia da Covid-19 si vedano E. D'ORLANDO-F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, spec. p. 57 ss., secondo i quali con l'insorgere dell'emergenza sanitaria si sarebbe ulteriormente palesato il fenomeno della "fuga dal regolamento", che già autorevole dottrina aveva indicato come fattore evolutivo di quello che va sotto il nome di "fuga dalla legge". Tuttavia, in questo caso si sarebbe assistito non soltanto alla proliferazione di atti atipici di diritto secondario ovvero di ordinanze contingibili e urgenti, bensì a strumenti di diritto terziario, connotati da un'efficacia precettiva flessibile e non vincolante. Inoltre, poco dopo, si evidenzia che «le linee guida rappresentano un chiaro segnale della volontà di affidare la regolazione di una serie estremamente varia di rapporti e attività a norme speciali, non cogenti, flessibili nell'applicazione, soggette ad aggiornamenti continui e connesse tanto all'evoluzione delle conoscenze scientifiche, quanto delle sue conseguenze sul sistema politico, economico e sociale». Più in generale sul tema delle linee guida si veda anche C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, p. 872 ss.; G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2017, p. 10 ss.; M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee guida ANAC*, in *dirittifondamenti.it*, 1/2020. Con riferimento al tema dell'obsolescenza scientifica della normazione si vedano le riflessioni di A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., p. 20 ss. e F. LAVIOLA, *Regolazione della tecnologia e dimensione del tempo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2021, spec. p. 1169 ss.

pluralità di provvedimenti dal carattere particolare, come numerose circolari ministeriali, dirette soprattutto a fornire delle indicazioni operative per prevenire il contagio negli uffici giudiziari<sup>38</sup>, e delle linee guida del Consiglio Superiore della Magistratura, con un contenuto sostanzialmente esplicativo della normativa statale<sup>39</sup>.

### 3. La lesione dei principi del giusto processo e il dilemma dei difensori

Tutto ciò posto, con riferimento alla disciplina del processo (civile, penale e amministrativo) che si è venuta delineando a partire dal d.l. n. 28/2020, ci si deve anche chiedere se questa contrasti con i principi generali dell'ordinamento sull'attività giurisdizionale, ossia con l'oralità e la pubblicità dell'udienza<sup>40</sup>.

La frizione con il principio di pubblicità è di palese evidenza se solo si tiene conto che per più di un anno, e nella persistente vigenza di alcune previsioni contenute nell'art. 23 del d.l. n. 137/2020<sup>41</sup>, la partecipazione del pubblico alle

<sup>38</sup> Reperibili sul sito del Ministero della giustizia all'URL [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_8.page?selectedNode=0\\_62](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8.page?selectedNode=0_62).

<sup>39</sup> Si vedano in particolare le *Linee guida agli Uffici Giudiziari in ordine all'emergenza COVID 19* del 26 marzo 2020, reperibili all'indirizzo <https://www.csm.it/documents/21768/5144806/Linee+guida+agli+Uffici+Giudiziari+in+ordine+all%27emergenza+COVID+19+integralmente+sostitutive+delle+precedenti+assunte+%28delibera+Csm+26+marzo+2020%29/1779426b-f984-a08b-0dce-11107f1f7c05>.

<sup>40</sup> Cfr. J. FERRACUTI, *L'emergenza Covid-19 e l'udienza pubblica "da remoto". Profili di costituzionalità*, cit., p. 3 ss. (nonché p. 16 ss.), il quale evidenzia che, pur non essendovi un espresso riferimento nelle disposizioni costituzionali, vi è unanime consenso nel ritenere che «il principio di pubblicità delle udienze (...) rappresenti il precipitato logico del principio di democrazia dello Stato»; tra le disposizioni che secondo l'A. vanno a comporre la costellazione da cui si desume il principio in questione vi sono gli artt. 128, comma 1, c.p.c., 471, comma 1, c.p.p. e 87, comma 1, c.p.a. Allo stesso tempo, anche la normativa che regola i procedimenti davanti alla Corte costituzionale prevede come principio generale quello della pubblicità delle udienze (art. 15 della legge n. 98 dell'11 marzo 1953). Tuttavia, come si desume dalle disposizioni citate e dalla giurisprudenza costituzionale sul tema, si tratta di un principio dal carattere relativo. L'A. svolge poi analoghe considerazioni in ordine al principio di oralità (p. 9 ss.). Cfr. G. BARONE, cit., par. 2, la quale altresì sottolinea la riconducibilità del principio di pubblicità agli artt. 1 e 111 Cost., nonché all'art. 6, par. 1, CEDU.

<sup>41</sup> Per quanto attiene al processo penale, oltre a prevedere apposite disposizioni per la fase delle indagini preliminari (comma 2), l'art. 23, comma 3, del d.l. n. 137/2020 dispone che «le udienze dei procedimenti civili e penali alle quali è ammessa la presenza del pubblico possono celebrarsi a porte chiuse, ai sensi, rispettivamente, dell'articolo 128 del codice di procedura civile e dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale». Il successivo comma 4 dell'art. 23 prevede che la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate, in stato di custodia cautelare, fermate o arrestate, è assicurata – ove possibile – tramite il ricorso a videoconferenze ovvero con strumenti individuati tramite provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Di particolare rilievo è poi il comma 5 ove si legge che «le udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private, dai rispettivi difensori e dagli ausiliari del giudice possono essere tenute mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Lo svolgimento dell'udienza avviene con modalità idonee a salvaguardare

udienze è stata fortemente limitata<sup>42</sup>. A tal proposito, è stato condivisibilmente osservato che il principio di pubblicità si sarebbe potuto (e tutt'ora si potrebbe) garantire abbastanza agevolmente, ad esempio mettendo a disposizione della collettività un *link* alla stanza virtuale dell'udienza oppure le riprese dell'attività giudiziaria svolta ovvero, ancora, predisponendo una piattaforma di trasmissione in *streaming*<sup>43</sup>.

Inoltre, un'ulteriore previsione della normativa emergenziale in tema di processo che colpisce particolarmente risiede nel fatto che da circa due anni, e sino alla fine del 2022, «la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate, in stato di custodia cautelare, fermate o arrestate, è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto»<sup>44</sup>.

In sostanza, sulla base di questa disposizione, la modalità ordinaria di celebrazione delle udienze di convalida dell'arresto e del fermo è diventata quella da remoto. Tale situazione dovrebbe far riflettere poiché un passaggio procedurale, che trova finanche una regolazione all'interno dell'art. 13 della Costituzione italiana, viene dematerializzato e ogni rapporto tra giudice ed arrestato viene filtrato da uno schermo<sup>45</sup>.

il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai difensori delle parti, al pubblico ministero e agli altri soggetti di cui è prevista la partecipazione giorno, ora e modalità del collegamento. I difensori attestano l'identità dei soggetti assistiti, i quali, se liberi o sottoposti a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, partecipano all'udienza solo dalla medesima postazione da cui si collega il difensore. In caso di custodia dell'arrestato o del fermato in uno dei luoghi indicati dall'articolo 284, comma 1, del codice di procedura penale, la persona arrestata o fermata e il difensore possono partecipare all'udienza di convalida da remoto anche dal più vicino ufficio della polizia giudiziaria attrezzato per la videoconferenza, quando disponibile. In tal caso, l'identità della persona arrestata o fermata è accertata dall'ufficiale di polizia giudiziaria presente».

<sup>42</sup> A tal proposito, si tenga presente che in virtù dell'art. 16 del decreto-legge 30 dicembre 2021, n. 228, adottato dal Governo nelle more della pubblicazione del presente contributo, i commi 2, 4, 6, 7, 8, primo, secondo, terzo, quarto e quinto periodo, 8-bis, primo, secondo, terzo e quarto periodo, 9, 9-bis e 10, e agli articoli 23-bis, commi 1, 2, 3, 4 e 7, e 24 del decreto-legge 28 ottobre 2020 n. 137 continuano a rimanere in vigore sino al 31 dicembre 2022.

<sup>43</sup> Cfr. J. FERRACUTI, cit., 26. Sul punto si veda anche G. BARONE, cit., par. 3.

<sup>44</sup> Secondo quanto attualmente statuito dall'art. 23, comma 4, del d.l. n. 137/2020. A tal proposito, si deve che rilevare che l'art. 16, comma 1, del decreto-legge 30 dicembre 2021, n. 228 ha previsto che le disposizioni dell'articolo 23, commi 2, 4, 6, 7, 8, primo, secondo, terzo, quarto e quinto periodo, 8-bis, primo, secondo, terzo e quarto periodo, 9, 9-bis e 10, e agli articoli 23-bis, commi 1, 2, 3, 4 e 7, e 24 del decreto-legge 28 ottobre 2020 n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176 continuano ad applicarsi sino al 31 dicembre 2022.

<sup>45</sup> A tal proposito, si deve tener in considerazione che durante l'udienza di convalida è possibile procedere al giudizio direttissimo e che in tale contesto si possono applicare le misure cautelari, così che – con l'attenuarsi della crisi sanitaria – è auspicabile una riduzione del ricorso a tale strumento. Sul punto si vedano anche le osservazioni di alcuni magistrati, condensate sul sito dell'associazione Area Democratica della Giustizia (reperibili al link [www.aredg.it/speciali/emergenza-e-nuove-prospettive/il-processo-penale](http://www.aredg.it/speciali/emergenza-e-nuove-prospettive/il-processo-penale)), ove si legge «una tale soluzione innovativa, che abbiamo verificato e utilizzato positivamente nell'emergenza, non appare tuttavia modello da replicare in modo generalizzato una volta ritornata la normalità. Si tratta di un momento molto delicato, che vede il cittadino nella

Quanto appena detto si lega alla lesione, o comunque alla deroga, di un ulteriore principio cardine del processo, ossia quello di oralità e immediatezza, che presuppone – se così si può dire – una relazione corporea tra le parti (basti pensare alla sua massima estrinsecazione: la c.d. *cross examination* dei testimoni)<sup>46</sup>.

Se quanto esposto è vero, come è vero, ossia che il giudizio a distanza può porsi in frizione con alcuni principi fondamentali del processo, non si può neanche sottovalutare un altro profilo, che ci riporta al tema delle scelte che alcuni “soggetti tecnici”, diversi dal CTS, sono stati chiamati a prendere durante la pandemia. Si tratta del tema dell’attivazione del processo penale a distanza: secondo quanto previsto dalle previsioni dell’art. 23, commi 2, 5 e 8, e dall’art. 23-*bis* del d.l. n. 137/2020, in vigore fino al 31 dicembre 2022<sup>47</sup>, l’attivazione del giudizio da remoto dipende sostanzialmente da una scelta difensiva, laddove si tratti di procedimento a carico di imputato libero.

Il che vuol dire che spetta al difensore «il delicato compito di effettuare un bilanciamento», o comunque di contribuire allo stesso mediante il parere reso alla parte assistita, «tra le garanzie difensive e i diritti fondamentali contrapposti», a partire ovviamente dal diritto alla salute: accettare che il processo si svolga da remoto significa sostanzialmente rendere recessivo il diritto alla salute rispetto al diritto di difesa, e viceversa<sup>48</sup>.

#### 4. Quale giustizia dopo la pandemia? Considerazioni conclusive

Poiché i momenti di crisi rappresentano delle opportunità di cambiamento e progresso, appare a questo punto necessario soffermarsi sul rapporto tra stra-

disponibilità delle forze di polizia che lo hanno arrestato e, quindi, in una fase di restrizione della libertà personale che precede l’intervento dell’autorità giudiziaria. La presenza fisica in udienza del difensore, del giudice e dello stesso pubblico ministero in occasione della convalida dell’arresto rappresentano esse stesse una garanzia che va preservata nel tempo ordinario e la cui deroga è giustificata solo dall’emergenza sanitaria in atto».

<sup>46</sup> Cfr. S. RECCHIONE, *L’oralità (ir)riunciabile nel processo penale*, in *Giustizia insieme*, 3 giugno 2020, secondo cui massima espressione del principio di oralità è proprio la *cross examination*. L’A., prendendo le mosse nell’analizzare le disposizioni del d.l. n. 18/2020 – come modificato dal successivo d.l. n. 28/2020 – giunge ad affermare che «l’alternativa proposta dal legislatore del Covid, e rimessa al consenso delle sole parti, non è, infatti, tra processo di carta e processo orale ma tra processo ad oralità remotizzata e processo processo ad oralità piena». Sul punto si veda anche J. FERRACUTI, *L’emergenza Covid-19 e l’udienza pubblica “da remoto”. Profili di costituzionalità*, cit., p. 22 ss., il quale si sofferma sul sacrificio di tale principio nei diversi plessi della giurisdizione, non riguardando esclusivamente il settore penale.

<sup>47</sup> Sulla proroga degli strumenti emergenziali in tema di processo si veda la nota n. 38.

<sup>48</sup> Si veda M. BONTEMPELLI, *Emergenza Covid-19 e ragionevole durata del processo*, in *Sistema penale*, 13 gennaio 2021, il quale evidenzia che in questo modo si apre per il difensore un vero e proprio dilemma, in ragione del possibile conflitto tra gli interessi della persona assistita. Sul punto si veda anche G. BORGIA, *Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall’emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2020, p. 184 ss.



ordinarietà degli interventi emergenziali e ordinarietà, ossia sull'eredità delle misure messe in campo in questi mesi.

Certamente la pandemia ha costituito un'occasione unica per l'introduzione di alcune modifiche del sistema giudiziario, che da anni si trova in «una profonda crisi di efficienza, effettività e autorevolezza»<sup>49</sup>.

In particolare, tra le finalità del PNRR (*Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*) vi è l'abbattimento dei tempi medi di durata dei processi penali e civili. Obiettivo, quest'ultimo, dal quale non solo dipende l'erogazione dei fondi previsti dal Piano, ma che risulta altresì coerente con i principi del giusto processo e in particolare con la sua ragionevole durata (artt. 111 Cost. e 6 CEDU)<sup>50</sup>.

Limitando anche in questo caso le riflessioni alla materia penale<sup>51</sup>, la l. n. 134/2021, «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari» (c.d. riforma Cartabia), ha previsto degli imponenti interventi che «attraversano tutto il processo penale» (dalle indagini, al sistema sanzionatorio, sino alla giustizia riparativa); tuttavia, certamente gli elementi più significativi in termini di efficientamento risiedono, da un parte, nelle assunzioni straordinarie a tempo determinato destinate all'Ufficio del processo e, dall'altra, nella digitalizzazione che dovrebbe caratterizzare il procedimento penale del prossimo futuro<sup>52</sup>.

Tema, quello della digitalizzazione degli atti processuali, a cui sono dedicate alcune disposizioni della legge di delega in materia penale (contenute nel comma 5 dell'art. 1) e che costituisce il perno dei cambiamenti che stanno interessando l'intero settore della giustizia. Si tratta di mutamenti profondi, che riguardano finanche la giustizia costituzionale. Difatti, il 3 novembre 2021 sono state pubblicate sulla Gazzetta ufficiale le nuove modifiche alle norme integrative, dirette – come si legge nel comunicato stampa che ha fatto seguito alla

<sup>49</sup> G. CANZIO, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in *Sistema penale*, 25 agosto 2021.

<sup>50</sup> Sul punto si veda G.L. GATTA, *Riforma del processo penale: contesto, obiettivo e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *Sistema penale*, 15 ottobre 2021, il quale sottolinea che gli interventi di riforma sono ispirati dall'esigenza di raggiungere gli obiettivi fissati nel P.N.R.R., concordati dal Governo con la Commissione europea, ossia una riduzione dei tempi del processo nei prossimi cinque anni, pari – nei tre gradi di giudizio – al 25% nel settore penale e al 40% nel civile.

<sup>51</sup> Si tenga presente che la legge di riforma del processo civile è stata approvata il 26 novembre 2021, successivamente quindi alla presentazione della relazione da cui trae origine il presente contributo. (legge 26 novembre 2021, n. 206 «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata»). Sul punto si vedano i numerosi contributi nel fascicolo n. 3/2021 della rivista *Questione giustizia* dal titolo *La riforma della giustizia civile secondo la legge delega 26 novembre 2021, n. 206*.

<sup>52</sup> Cfr. G.L. GATTA, cit.

pubblicazione – ad abbandonare «il vecchio "modello cartaceo"» per passare «alla totale digitalizzazione degli atti processuali» (dagli atti di costituzione e di intervento, sino ai ricorsi per conflitti di attribuzione e a quelli che promuovono questioni di legittimità costituzionale), attraverso la creazione della piattaforma informatica *e-Cost*.

È indubitabile, allora, che la pandemia da Covid-19 abbia reso non più rinviabili alcune riforme processuali, nei diversi plessi della giurisdizione, i cui vantaggi in termini di risparmio di energie e di spesa, da parte degli attori processuali, potranno ancor più essere apprezzati con il ritorno alla normalità.

Certamente, però, tra i più significativi cambiamenti sollecitati dalla crisi pandemica vi è quello della “stabilizzazione” – se così si può dire – del processo a distanza. A tal proposito, si può fare un esempio su tutti: la già citata riforma Cartabia del processo penale delega il Governo a «individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza» (art. 1, comma 8, lett. c).

Si può notare che la previsione da parte del legislatore delegato delle ipotesi in cui – una volta finita la pandemia – sarà possibile ricorrere al processo da remoto e il necessario assenso delle parti consentono di superare le principali criticità che hanno connotato la normativa emergenziale. Difatti, così sembrerebbe pienamente rispettato il principio di legalità e alleggerito il compito decisionale gravante sull'imputato e sul suo difensore, non configurandosi più la necessità di un bilanciamento tra la tutela della salute, in un contesto pandemico, e la garanzia del diritto di difesa.

In conclusione, se sulla base dell'analisi dei pareri del CTS e della normativa in materia di giustizia non pare possibile affermare che durante la pandemia si sia verificata una abdicazione della politica in favore di decisioni prese da tecnici, la Riforma Cartabia sembrerebbe invece far fronte ad uno dei punti più dolenti della normativa emergenziale, ossia quello della rimessione di alcune scelte processuali fondamentali a soggetti specializzati, riuscendo a conciliare ragionevolmente i vantaggi derivanti dalla smaterializzazione del giudizio con il rispetto del principio di legalità.