Numero monografico

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*

L’emergenza Covid-19: le risposte della giustizia

Direttore

MARIO CICALA (*già presidente di sezione della Corte di cassazione*)

Comitato di direzione

ALBERTO BARBAZZA (*giudice del Tribunale di Treviso*) – CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) – MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) – PAOLA MARIA BRAGGION (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) – ALESSANDRO CENTONZE (*consigliere della Corte di cassazione*) – MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – VITTORIO CORASANITI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA D'ADDARIO (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) – ANTONIO D'AMATO (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – ALESSANDRO D'ANDREA (*segretario generale della Scuola superiore della magistratura*) – COSIMO D'ARRIGO (*consigliere della Corte di cassazione*) – BALDOVINO DE SENSI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) – LORENZO DELLI PRISCOLI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLA D'OVIDIO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – STEFANO GUIZZI (*consigliere della Corte di cassazione*) – FERDINANDO LIGNOLA (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – NICOLA MAZZAMUTO (*presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) – ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) – LOREDANA MICCICHÉ (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – CORRADO MISTRI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – ANTONIO MONDINI (*consigliere della Corte di cassazione*) – ROBERTO MUCCI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FIAMMETTA PALMIERI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) – CESARE PARODI (*procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*) – GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) – RENATO PERINU (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FRANCESCA PICARDI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLO PORRECA (*consigliere della Corte di cassazione*) – GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) – UGO SCAVUZZO (*Presidente di sezione del Tribunale di Patti*) – PAOLO SPAZIANI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA VARRONE (*consigliere della Corte di cassazione*) – ANDREA VENEGONI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*)

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, *senza titolo*

ISSN 2532-4853 Il diritto *vivente* [*online*]

Indice del fascicolo

Gli Autori 5

Mario Cicala, *Verso un diritto processuale dell' emergenza?* 6

PARTE GENERALE

Stefano G. Guizzi, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza COVID-19: note minime* 18

Lorenzo Delli Priscoli, *La ricerca dei valori della Magistratura ai tempi della crisi* 53

Francesca Picardi, *La giustizia nella seconda fase dell'emergenza sanitaria* 71

Eduardo Savarese, *Decretazione d'urgenza e organizzazione dell'attività giudiziaria "a distanza": difficoltà operative, opportunità…e un po' di demitizzazione* 86

Alessio Scarcella, *Come l'informatica giudiziaria aiuta al tempo del Coronavirus: una prima lettura delle disposizioni del d.l. 17 marzo 2020, n. 18* 98

Cesare Parodi, *Nulla è più legittimo della necessità. Prime note al d.l. 8 marzo 2020, n. 11 in tema di giustizia e contrasto al COVID-19.* 108

Giancarlo Dominijanni, *Validità dei provvedimenti firmati digitalmente, la loro utilizzabilità e conservazione nel fascicolo processuale cartaceo* 115

CIVILE

Salvatore Casciaro, *Prime riflessioni sull'udienza c.d. a trattazione scritta nel rito del lavoro (art. 83, co. 7 lett. h), D.L. 18/2020)* 119

Angelo Napolitano, *Le locazioni commerciali al tempo del covid-19* 131

Alberto Barbazza, *I procedimenti di famiglia al tempo del coronavirus. Per una corretta interpretazione delle disposizioni emanate per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, con particolare riguardo ai procedimenti urgenti derivanti da alimenti e obbligazioni alimentari e da questioni inerenti l'affidamento dei minori* 141

Mauro Mocci, *Il principio di collegialità alla prova del covid-19* 158

Filippo Scapellato, *Emergenza coronavirus, misure penitenziarie e magistratura di sorveglianza* 177

Nicola Graziano e Livia De Gennaro, *La legislazione di emergenza COVID-19 e l'impatto sulle procedure fallimentari e sulle soluzioni negoziali della crisi di impresa* 189

EUROPA

Andrea Venegoni, *Covid-19 e interessi finanziari dell'Unione Europea: così lontani e così vicini* 217

PENALE

Sara Amerio e Anna Sergi, *La mafia ai tempi del COVID-19: espansione o contrazione degli "affari"?* .. 234

Cesare Parodi, *Vivere il presente, progettare il futuro: nuove prospettive per denunce e querele.* 246

Bernadette Nicotra, *Il "Codice Rosso" per estirpare il virus della violenza di genere: un primo commento a meno di un anno dalla sua entrata in vigore* 258

Gli Autori

Sara AMERIO, *Sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Reggio Calabria*

Alberto BARBAZZA, *Giudice del Tribunale di Treviso*

Salvatore CASCIARO, *Consigliere della Corte d'Appello di Roma*

Livia DE GENNARO, *Giudice della Sezione fallimentare del Tribunale di Napoli*

Lorenzo DELLI PRISCOLI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Giancarlo DOMINIJANNI, *Sostituto procuratore della Repubblica di Pisa*

Nicola GRAZIANO, *Giudice della Sezione fallimentare del Tribunale di Napoli*

Stefano G. GUIZZI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Mauro MOCCI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Angelo NAPOLITANO, *Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di cassazione*

Bernadette NICOTRA, *Giudice del Tribunale di Roma*

Cesare PARODI, *Procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Torino*

Francesca PICARDI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Eduardo SAVARESE, *Giudice del Tribunale di Napoli*

Filippo SCAPELLATO, *Magistrato del Tribunale di sorveglianza di Ancona*

Alessio SCARCELLA, *Consigliere della Corte di cassazione e Vice Direttore del CED*

Anna SERGI, *Professore associato di criminologia, Università di Essex, Regno Unito*

Andrea VENEGONI, *Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di cassazione*

Mario Cicala

Verso un diritto processuale dell' emergenza?

1. Emergenza coronavirus: muta l'interpretazione delle norme costituzionali?

L'epidemia che in questi primi mesi del 2020 ha investito la società italiana ha determinato un ininterrotto e caotico fluire di norme di emergenza[1], che hanno dato luogo ad una massa disomogenea di norme contorte e di difficile comprensione, spesso modificate nel corso di poche settimane; tanto che mi è parso ne sia derivato un ulteriore vulnus al mito della conoscibilità del diritto su cui poggia qualunque sistema giuridico.

La parte nettamente più cospicua di queste disposizioni mira a soccorrere privati e imprese investite dal blocco delle attività economiche imposto dalla malattia e dal pericolo del suo diffondersi; sono altresì state emesse numerose disposizioni di grande importanza che cercano di indirizzare gli italiani verso "condotte virtuose" in qualche misura idonee a contenere il diffondersi del male, a punire coloro che non si adeguano a questi parametri "virtuosi".

Non mancano però anche disposizioni che delineano un "diritto processuale dell' emergenza", che per un verso viene a prender atto di una sorta di "vuoto" nell'esercizio della giurisdizione; per altro verso elabora regole processuali che consentano, grazie allo sviluppo della tecnologia, di decidere le controversie giudiziarie evitando però quei contatti interpersonali che vengono additati come causa prima del contagio.

Si tratta di una normativa straordinaria che qualifica se stessa come "temporanea" e con scadenze molto vicine; ed è viva in tutti noi la speranza che la vicenda coronavirus si concluda in breve tempo determinando la conseguenziale scomparsa del labirinto normativo con cui si è tentato di fronteggiarne i perniciosi effetti. Tuttavia il giurista di professione deve valutare e studiare questi interventi normativi pur di breve durata; dato in primo luogo il loro impatto pratico. Inoltre non può sottrarsi al dovere professionale di tentare di formarsi un giudizio su questo fiume di disposizioni, di domandarsi se in qualche misura esse siano espressione di tendenze profonde della nostra società, se precorrano ed anticipino future riforme "definitive". E se ed in quali misure siano armoniche con i "sommi principi" costituzionali, così come finora predicati; o se invece la necessità modifichi la nostra percezione e interpretazione delle norme costituzionali.

[1] La Raccolta delle norme, in proposito, curata dalla Protezione civile e che giunge solo fino al d.l 18/2020 è composta di ben 295 pagine; il maxiemendamento approvato dal Senato con il voto che ha approvato la conversione in legge di detto decreto è di 90 pagine.

2. Il principio della giustiziabilità dei conflitti

Non possiamo dimenticare che in un moderno stato di diritto, quale vuole (o vorrebbe?) oggi essere il nostro, vige il principio della giustiziabilità di ogni conflitto di interessi: al cittadino viene quindi garantita la possibilità di contestare anche gli atti e comportamenti della Pubblica Amministrazione davanti ad un giudice terzo ed imparziale; che decide a conclusione di un processo in cui Amministrazione e privato operano (o dovrebbero operare) "in condizioni di parità" (artt. 24, 111 Cost.).

La giustiziabilità dei conflitti non dovrebbe essere soggetta ad alcun filtro preventivo. Anche al litigante temerario è infatti garantito il diritto al "giusto processo" ; solo attraverso di esso verrà accertata la temerarietà del suo operato con conseguente applicazione di misure punitive. Ma lo Stato non dovrebbe rispondere "hai torto e perciò ti nego il processo"; neppure nella materia tributaria ove più a lungo sono sopravvissuti istituti di tutela degli interessi del pubblico Erario che di diritto o di fatto escludevano l'intervento del giudice (si pensi all'istituto del solve et repete rimosso dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 21 del 31 marzo 1961).

In buona sostanza, chiunque si rivolga alla Giustizia ha diritto ad una valutazione nel merito delle sue pretese. E, se è vero che nelle procedure di urgenza il soddisfacimento della richiesta della parte è subordinata al concorrere di circostanze ulteriori rispetto all' "aver ragione nel merito", quali il "fumus boni juris", il "periculum in mora"; è anche vero che la sconfitta nel procedimento cautelare può essere ribaltata nel giudizio di merito.

In linea di principio, non ci possono dunque essere momenti "vuoti" tempi e circostanze in cui si possa rispondere ad una parte (nel nostro caso al contribuente) "non hai diritto ad un giudizio". Ancorchè chiunque abbia esperienza di cose giudiziarie sappia che il concreto esercizio di quel diritto può essere rallentato in presenza di svariate circostanze ed accidenti, tanto da divenire in qualche caso inutile.

Perciò chi guarda gli eventi con un pizzico di realismo , non si scandalizza del fatto che il legislatore della emergenza abbia determinato il rinvio in blocco di (quasi) tutte le udienze a ruolo dal 9 marzo al giorno 11 maggio 2020; nonché di tutte (o quasi tutte) quelle programmate nel mese successivo, data le necessità di rispettare i termini dilatori previsti dagli artt. 32 e 47 del d. lgs.

546/1992[2]. Prende altresì atto che è consentito ai Capi degli uffici giudiziari il rinvio dei processi chiamati alle udienze fino al 30 giugno.

Ma si deve pur prender atto che questi interventi legislativi hanno determinato una sospensione, un buco, nel principio della giustiziabilità dei diritti[3]. Dunque ancora una volta si è manifestata la validità del detto " nulla è più legittimo della necessità"[4]

3. La "dichiarazione di urgenza" dei processi civili e tributari

Non tutte le controversie chiamate alle udienze dal 9 marzo al 15 aprile [ora 11 maggio]sono automaticamente rinviate. La legge individua cioè un certo numero di controversie "urgenti" che debbono essere necessariamente trattate. Non mi pare, però, di scorgere fra le pratiche civilistiche dichiarate espressamente urgenti dalla legge vi siano questioni che rientrino nelle competenze dei giudici tributari[5]. E mi pare che questa linea sia stata esplicitamente o implicitamente accolta nei provvedimenti di Presidente di Commissione che ho potuto esaminare.

Sul punto è , per altro, intervenuta la Agenzia delle Entrate con la propria circolare n. 10 del 16 aprile 2020 affermando che la qualifica di urgenza deve essere riconosciuta a tutte le istanze di

[2] Nel suo provvedimento del 6 aprile 2020 (in cui non tiene ancora conto del mutamento delle scadenze determinato dal d.l. 23 /2020), il Presidente della CTP di Roma giustamente scrive: "Rilevato che la sospensione dei termini si applica anche ai termini a ritroso di cui agli artt. 31, 32 e 33 del d. lgs. n. 546/1992;

Ritenuto, pertanto, che il rispetto dei detti termini non consente la trattazione di procedimenti né in pubblica udienza né in camera di consiglio prima del 6 maggio (prima udienza possibile con il rispetto del termine a ritroso di 20 giorni di cui all'art. 32 comma 1 del d. lgs. cit.), salva in ogni caso la verifica in concreto del rispetto del termine a ritroso di 30 giorni, di cui all'art. 31 comma 1 del d. lgs. citato, computando i giorni utili anteriori al 9 marzo 2020 (il che comporta la possibilità di trattare le cause solo se l'avviso è stato comunicato in data anteriore al 28 febbraio 2020);

Ritenuta, pertanto, la necessità di rinviare a nuovo ruolo tutte le udienze fissate dal 16 aprile al 6 maggio, salvo quelle dichiarate urgenti che saranno trattate nei casi e secondo le modalità previste dai decreto di questo presidente in data 18 marzo 2020;

dispone il rinvio a nuovo ruolo di tutte le udienze fissate dal 16 aprile ai 5 maggio 2020; - la trattazione, fino al 5 maggio 2020, dei soli procedimenti per i quali, a seguito di istanza di sospensione, ribadita con successiva motivata richiesta di trattazione, vi sia dichiarazione d'urgenza da parte dei Presidenti di sezione"

[3] Maria Giuliana Civinini, La Giustizia in quarantena, in Questione Giustizia; Catia Summaria, L'occasione fa l'uomo ladro, in Il diritto vivente.

[4] Cesare Parodi nel suo commento al decreto legge 11/2020 (pubblicato sul sito della rivista informatica "Il diritto vivente") sottolinea come il richiamo alla nota espressione "Nulla è più legittimo della necessità" non deve suonare in questa sede come una formula retorica, ma come indicazione di un preciso limite a quelle che -normalmente- sono le possibilità di "scelta" tra varie opzioni. In questo caso, la scelta potrebbe non essere praticabile

[5] Forse vi rientrano i "procedimenti di cui agli articoli 283, 351 e 373 del codice di procedura civile"; cioè le procedure che possono condurre alla sospensione dell'efficacia esecutiva delle sentenze di primo e secondo grado. In questo senso si è pronunciato il decreto 16 aprile 2020 del Presidente della CTR Campania.

sospensiva[6]. E analoga interpretazione mi sembra emerga dalle indicazioni relative alla fissazione ed alla trattazione delle udienze approvate dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria.

Le tesi della Agenzia sono ben argomentate, ma mi pare giungano un poco tardi quando già i Presidenti hanno provveduto; e interferiscano su una materia che la legge ha voluto riservare alle decisioni dei Capi degli Uffici.

Il comma 3 lett. a) dell'art. 83 del D. l. 18/2020 esclude dal rinvio anche "tutti i procedimenti [civili e tributari] la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti", disponendo che "*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*"[7].

Dunque la richiesta di giustizia (rectius di giudizio) insita in ogni richiesta giudiziaria viene, in questi casi, sottoposta ad una sorta di filtro preventivo che in qualche misura sembra porre in ombra il diritto alla difesa di cui all'art. 24 della Costituzione.

---

[6] L' Agenzia ritiene che *"il generalizzato rinvio delle udienze disposto dal comma 1 dell'articolo 83 presenta alcune eccezioni, elencate al comma 3, tra le quali, per quanto di interesse del contenzioso tributario, sono compresi i «procedimenti di cui agli articoli 283, 351 e 373 del codice di procedura civile».I citati articoli 283, 351 e 373 del codice di procedura civile disciplinano i procedimenti di sospensione cautelare della provvisoria esecutività delle sentenze oggetto di impugnazione, che possono interessare anche il processo tributario. Invero, come evidenziato al paragrafo 1.12 della circolare n. 38/E del 29 dicembre 2015, per effetto della riforma di cui al decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 156, l'articolo 49 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, «Fatta salva la disciplina specifica del processo tributario [...] ora contiene un generale rinvio alle norme del* ***codice di procedura civile*** *in tema di sospensione delle sentenze». Infatti, disposizioni specifiche relative al procedimento di sospensione dell'esecutività delle sentenze sono contenute negli articoli 52 e 62-bis del decreto legislativo n. 546 del 1992, relativi rispettivamente ai procedimenti cautelari di sospensione della sentenza di primo grado e della sentenza d'appello.*

Costituiscono ulteriore eccezione alla disciplina sul rinvio d'ufficio delle udienze fissate nel periodo tra il 9 marzo e l'11 maggio 2020 i procedimenti cautelari finalizzati alla sospensione degli effetti dell'atto impugnato, di cui agli articoli 47, 52, comma 2, ultimo periodo e 62-bis, comma 1, ultimo periodo del decreto legislativo n. 546 del 1992, in quanto rientranti tra «i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti». Per le medesime ragioni, si ritengono esclusi dal predetto rinvio d'ufficio anche i procedimenti cautelari di cui all'articolo 19 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, inerente alla sospensione dell'esecuzione nei giudizi innanzi alla Commissione tributaria regionale aventi ad oggetto provvedimenti sanzionatori, quali gli atti di contestazione o di irrogazione della sanzione emessi a norma degli articoli 16 e 17 del decreto legislativo n. 472 del 1997.

Altra fattispecie interessata dall'eccezione di cui all'articolo 83, comma 3, lettera a) è rappresentata, infine, dal procedimento finalizzato all'adozione delle misure cautelari dell'iscrizione di ipoteca dell'esecuzione del sequestro conservativo di cui all'articolo 22 del decreto legislativo n. 472 del 1997.

[7] Il provvedimento del Presidente della CTP Romana sottolinea che proprio la "configurabilità di una, sia pure residuale, attività urgente non sospesa richieda l'adozione dei provvedimenti previsti dal comma 5 dell'art. 83".

Il testo della norma sembra consentire l'applicazione della procedura di urgenza non solo quando il contribuente presenti istanza di sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato, ma anche ove chieda l'esame della causa nel merito; posto che la legge coinvolge "tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti", e non solo i procedimenti cautelari[8].

Volgendo l'attenzione a ulteriori considerazioni pratiche ritengo di condividere la affermazione contenuta nel provvedimento 18 marzo 2020 del Presidente della CTP di Roma secondo cui "*l'operatività dell'eccezione deve essere subordinata a specifica nuova istanza della parte interessata*" e non sia sufficiente la precedente richiesta di sospensione della esecutività dell'atto impugnato, dato che trattasi quasi sempre di un'"istanza di stile". Appare del resto inutilmente defatigante costringere l'ufficio giudiziario a valutare l'eventuale urgenza di tutte le pratiche in cui è stata presentata istanza di sospensione della esecutività dell'atto. Del resto, la celebrazione del processo nonostante la sospensione prevista *ope legis* dal d.l. 18/2020 è disposta con atto monocratico, mentre la sospensione dell'atto impugnato ex art. 47 del d. legs 546/1992 è disposta -di regola- con provvedimento collegiale[9]. Si tratta dunque di due provvedimenti distinti.

Siamo di fronte una duplicazione un poco curiosa, ma che potrà verificarsi con una qualche consistenza solo nella sciagurata evenienza che la situazione di grave pericolo si protragga per alcuni mesi, essendo difficile che tutto il complesso meccanismo che abbiamo descritto possa essere messo in funzione nel breve arco di tempo, previsto dai dd.ll. 18 e 23/ 2020.

Giova comunque ricordare che al vuoto di tutela fra la presentazione della istanza di sollecita trattazione e l'udienza collegiale pone rimedio, come opportunamente sottolineato dal Presidente della CTR Campania, il 3° comma dell'art. 47 del D. Legs. 546/1992 secondo cui "in caso di eccezionale urgenza il presidente, previa delibazione del merito, può disporre con decreto motivato la provvisoria sospensione dell'esecuzione fino alla pronuncia del collegio".

Ci si può anche proporre altre domande: in primo luogo se la richiesta del riconoscimento della "urgenza" sia soggetta a qualche cadenza temporale.

A me sembra che, in assenza di qualsiasi indicazione legislativa, la istanza possa essere presentata in qualunque momento; con la conseguente possibilità di un flusso disordinato di

[8] Sul punto, tuttavia, il dispositivo del provvedimento del Presidente della CTP Roma prevede la trattazione, fino al 15 aprile 2020 [ora 11 maggio] , dei soli procedimenti per i quali, a seguito di istanza di sospensione, ribadita con successiva motivata richiesta di trattazione, vi sia dichiarazione d'urgenza da parte dei Presidenti di sezione.

[9] Si tralascia di considerare se il pericolo di un "grave pregiudizio" richiesto dalla disposizione del 2020 sia o meno cosa diversa dalla prospettiva un "danno grave e irreparabile" di cui all'art. 47 del d. legs 546/1992

richieste avanti agli uffici giudiziari che pone il problema di consentire a questi uffici di predisporre la necessaria organizzazione dell'udienza, anche nell'imminenza della sua celebrazione[10].

Il Presidente della Commissione Tributaria Provinciale di Roma nel suo decreto del 6 aprile 2020 non ha ritenuto di subordinare la predetta istanza al rispetto di un termine decadenziale; ma ha opportunamente sottolineato che "la dichiarazione di urgenza rende non operanti tanto il rinvio d'ufficio quanto la sospensione dei termini, e conseguentemente si deve comunicare alle parti costituite non l'avviso d'udienza, che si deve presuppone già comunicato, ma la trattazione secondo le modalità previste dall'art. 83, comma 7 lett. h) del d.l. n. 18/2020"; pertanto ha ritenuto "che detta comunicazione, seppure in mancanza di una previsione da parte dei legislatore, sia necessaria, profilandosi altrimenti una lesione del diritto di difesa, e che sia adeguato il termine di dieci giorni liberi". E quindi ha ordinato – "la comunicazione alle parti costituite, almeno dieci giorni liberi prima dell'udienza, delle modalità di svolgimento dell'udienza, mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza della decisione".

4. I presupposti per la "dichiarazione di urgenza"

Se il regime transitorio dovesse purtroppo protrarsi, si porrebbe in concreto anche la necessità di elaborare una prassi sulle ipotesi in cui la "ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti" e dunque è opportuno forzare il "blocco" disposto per fronteggiare il pericolo alla pubblica salute e incolumità.

Non ritengo di condividere la diffusa opinione secondo cui la sospensione delle attività di riscossione disposta dai decreti legge di cui ci andiamo occupando farebbe venir meno il pericolo dei danni conseguenti all'adempimento (o all'inadempimento) di un debito pecuniario tributario; e dunque sopravviverebbero solo i possibili pregiudizi che possono derivare da atti quali il fermo amministrativo e la iscrizione di un'ipoteca.

[10] Per fronteggiare queste difficoltà con il suo decreto n.36/2020, il Primo Presidente della Corte di Cassazione ha previsto che la richiesta di trattazione del procedimento debba essere formulata dalla parte interessata entro il termine di tre giorni, decorrente dalla data di pubblicazione del decreto sul sito della Corte, da inoltrarsi anche via PEC inviata alla cancelleria della Sezione penale dinanzi alla quale è fissata l'udienza. Si tratta di una norma che va, sostanzialmente, ad integrare il precetto normativo, al dichiarato fine di consentire alle Sezioni di avere contezza di quali e quanti procedimento dovranno essere trattati nel periodo di sospensione, adottando i provvedimenti conseguenti in ordine alla composizione dei collegi, alla partecipazione del PG ed all'assistenza del personale amministrativo. La decisione del Primo Presidente trova sostengo nella Relazione su novità normativa n. 34/20 del 23 marzo 2020 dell'Ufficio del Massimario e Ruolo- settore penale della Corte di Cassazione.

Occorre infatti considerare che il decreto legge 18/2020 ha circoscritto in ambiti temporali assai ridotti la sospensione dei termini degli adempimenti e dei versamenti fiscali e contributivi (artt. 60- 63); mentre ha molto più largheggiato nel prorogare i già piuttosto lunghi termini decadenziali imposti alla attività di accertamento tributario; quindi non pare che il decreto 18/2020 abbia fatto venir meno per il debitore l'eventuale pericolo di un ingiusto danno[11]. È , del resto imminente la data del 30 giugno in cui si prospetta un vero e proprio "ingorgo fiscale" in quanto scadranno in tale giorno numerose proroghe fiscali e contributive concesse dal decreto Liquidità; e mi pare incontestabile l'interesse del contribuente ad ottenere prima di tale data una sollecita pronuncia. Valide ragioni di urgenza possono ben ben esservi anche quando il contribuente spera di ottenere il riconoscimento di un proprio diritto patrimoniale[12]. In proposito, sottolineo che Eduardo Savarese (Decretazione d'urgenza e organizzazione dell'attività giudiziaria "a distanza": difficoltà operative, opportunità…e un po' di demitizzazione, in Il diritto vivente) riferisce che con decreto primo aprile 2020[13], in materia di fallimento, il giudice delegato del Tribunale di Forlì ha ritenuto che: "*in relazione al progetto di riparto parziale predisposto dal curatore ex art. 113 l. fall., in considerazione dell'entità della somma da ripartire e della necessità di favorire la circolazione del denaro, ricorrono le condizioni per dichiarare l'urgenza della trattazione ai sensi dell'art. 83 DL. 18/2020 ("Cura Italia") al fine di escludere la sospensione dei termini per il reclamo, attesa la*

[11] Nel Documento di ricerca sul decreto legge 18/2020 elaborato dall'Ordine dei Commercialisti giustamente "si segnala che l'art. 67 (Sospensione dei termini relativi all'attività degli uffici degli enti impositori), comma 1, del Decreto dispone la sospensione dall'8 marzo al 31 maggio 2020 dei termini relativi all'attività di contenzioso da parte degli uffici degli enti impositori. Tale regola, se confermata con la legge di conversione, si pone in aperto contrasto con il principio del giusto processo in quanto finisce per concedere agli enti impositori un periodo di sospensione dei termini processuali più lungo rispetto a quello stabilito per i contribuenti (sospensione fino al 15 aprile, per i contribuenti; fino al 31 maggio, per gli enti impositori)". Iniqua appare anche la proroga di due anni dei termini di prescrizione e decadenza relativi all'attivita' degli uffici degli enti impositori disposta per i termini con scadenza entro il 31 dicembre 2020 e soggetti alle proroghe previste dalla legislazione di emergenza (art. 67 quarto comma del d.l. 18/ 2020 che richiama l'art. 12 del d.legs 159/2015). In base al maxiemendamento approvato al Senato il rinvio all'art. 12 è però limitato ai commi 1 e 3; la mancata indicazione del comma secondo sembra abbia cancellato la proroga di due anni.

[12] Mi sembra possibile sostenere che a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 114/2018, posto che nelle controversie che riguardano gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento o all'avviso di cui all'art. 50 del d.P.R. n. 602 del 1973, sono ammesse le opposizioni regolate dall'art. 615 del codice di procedura civile; il contribuente può avere urgenza a ottenere la sentenza del giudice tributario che accerta un suo credito allo scopo di opporre questo credito in compensazione, e così fronteggiare le eccezionale situazione di crisi economica indotta dall'epidemia in atto.

Cass. civ. [ord.], sez. III, 21-11-2019, n. 30323: nel giudizio di opposizione all'esecuzione, è consentito al debitore dedurre in compensazione un suo controcredito, anche se illiquido, ma di importo certamente superiore al credito opposto, la cui sussistenza ed entità potrà essere accertata dal giudice dell'esecuzione; quest'ultimo, peraltro, in tale eventualità, non potrà disporre la sospensione dell'esecuzione nelle more del giudizio medesimo.

[13] del quale è reperibile la sola massima (pubblicata il 4 aprile 2020)

necessità di assicurare la tempestività dei pagamenti in questo periodo di emergenza sanitaria e di conseguente crisi economica per il fermo delle attività d'impresa".

5. Le udienze comprese nella "seconda fascia"

Abbiamo sommariamente esaminato le disposizioni del decreto legge 18/2020 che coinvolgono le pratiche chiamate alle udienze comprese fra il 9 marzo e il giorno 11 maggio 2020, e che costituiscono la così detta "prima fascia" di applicazione delle procedure emergenziali.

Il decreto legge prende però anche in considerazione le difficoltà che coinvolgono le udienze immediatamente successive all' 11 maggio a fino al 30 giugno 2020 (così detta "seconda fascia").

In relazione a questo secondo periodo il decreto legge 18/2020 conferisce ai Capi degli Uffici giudiziari molteplici e rilevanti poteri per regolare il funzionamento degli uffici stessi onde "contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria" (art- 83, 6° comma). E fra questi poteri è compresa (settimo comma lettera g) "la previsione del rinvio delle udienze a data successiva al 30 giugno 2020 nei procedimenti civili e penali[14], con le eccezioni indicate al comma 3"[15]. Dunque anche qui compare una sorta di "filtro preventivo" gestito dai Capi degli uffici i cui poteri si esercitano di fatto su una miriade di profili[16].

[14] Il Primo Presidente della Corte di Cassazione con decreto n.55/2020 ha disposto per il settore civile (e tributario): 1) tutte le cause fissate per la trattazione in udienza pubblica fino al 30 giugno 2020 sono rinviate a nuovo ruolo per data successiva, salvo quelle aventi ad oggetto le materie indicate nell'art. 83, comma 3, del D.L n. 18 del 2020, che, previa individuazione, saranno rifissate con priorità;2) tutte le cause fissate in adunanza camerale fino al 31 maggio 2020 sono rinviate a nuovo ruolo, salvo quelle aventi ad oggetto le materie indicate nell'art. 83, comma 3, del D.L n. 18 del 2020, che, previa individuazione, saranno rifissate con priorità;

[15] Il Primo Presidente della Corte di Cassazione con decreto n.44/2020 ha disposto "per il periodo successivo al 16 aprile 2020 si procede per la trattazione dei procedimenti camerali, civili e penali, non partecipati e de piano, che saranno individuati con le misure organizzative da adottarsi ai sensi dell'art. 83, comma 6 e 7, DL n. 18 del 2020" con le stesse modalità applicabili per il periodo 9 marzo 15 aprile "cioè con l'utilizzo degli strumenti di collegamento sicuro da remoto già resi disponibili dall'amministrazione". Inoltre "il Presidente del collegio o un consigliere da lui delegato dovrà assicurare la sua presenza nella camera di consiglio in Corte, redigere il ruolo informatico mediante il sistema informativo SIC e consegnano, una volta sottoscritto, alla cancelleria perché sia accluso al verbale delle predette udienze nel quale si darà atto della presenza dei magistrati collegati da remoto e della disponibilità degli atti attraverso la stessa piattaforma".

[16] Il Presidente del Consiglio di Presidenza della Giustizia tributaria con sua lettera del 20 marzo 2020 indirizzata ai Presidenti delle Commissioni Tributarie Regionali ai Presidenti delle Commissioni Tributarie Provinciali ai Presidenti delle Commissioni di I e II grado di Trento e Bolzano, in riferimento " alle disposizioni contenute nel decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, ed in particolare a quelle relative all'articolo 83, nelle quali è prevista, dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 [ora 11 maggio], la sospensione del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto del processo tributario, compresi quelli stabiliti per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione", ha ritenuto "opportuno invitare i giudici componenti della propria Commissione Tributaria a sospendere l'attività di deposito dei provvedimenti in corso, per riavviarla a decorrere dal 16 aprile p.v. ovvero ad altra data eventualmente

Inoltre i capi degli Uffici possono disporre che le decisioni vengano assunte con le modalità di cui all'art. 83 7°comma lettere f ed h (contraddittorio simultaneo da remoto; e contraddittorio differito)[17] ; tanto che mi pare da condividere l'osservazione contenuta nella elazione su novità normativa n. 28/20 del 1° aprile 2020[18] dell'Ufficio del Massimario e Ruolo- settore civile della Corte di Cassazione, secondo cui le norme in questione "per la prima volta nell'ordinamento, prefigurano un potere riservato al capo dell'ufficio di dettare norme cogenti, idonee ad incidere non su profili squisitamente organizzativi ma direttamente sulle modalità di svolgimento del processo".

6. Emergenza e riforma del processo tributario: la parola ai capi degli uffici giudiziari.

Già si è sottolineato come lo stato di necessità indotto dall'epidemia in atto abbia portato ad una compressione dei diritti; in particolare -per quanto ci riguarda- il diritto alla tutela giudiziaria e

stabilita da una eventuale proroga di legge"; l'invito è accolto nel decreto 9 aprile 2020 n. 13 del Presidente della CTR della Lombardia, mentre ancor più drastico è stato il Presidente del Tribunale di Torino che con provvedimento 18 marzo 2020, ha affermato: *A fronte delle presumibili ulteriori resistenze interpretative è bene chiarire: la sospensione deve essere intesa non come facoltà ma come obbligo sia per parti, difensori, professionisti di ogni tipologia (ed in primis avvocati) sia da parte dei Magistrati. Ipotizzare che la sospensione sia prevista quale mero strumento di "protezione" rispetto a pregiudizi processuali è un'interpretazione insensata sia rispetto alla ratio epidemiologica sia , nonostante le apparenze, rispetto all'efficienza del servizio Giustizia. Ed invero va osservato che qualunque attività di deposito sia interna che esterna comporta delle due l'una: o una conseguenziale attività di Cancelleria oppure un accumulo indiscriminato di arretrato. Nel primo caso - gestione della conseguenziale- attività di Cancelleria- si dovrebbe richiedere presenze in ufficio non programmabili e contrarie alle giuste disposizioni derogatorie ed eccezionali nei confronti del personale che consentono anzi impongono la mera creazioni di presidi (art 87 d.l. citato); oltretutto contraddicendo le draconiane disposizioni assunte a livello di accesso di esterni al Palazzo ed incentivando la necessità di accessi quotidiana di personale interno (Magistrati e personale) doppio o triplo contro ogni principio di precauzione e di massimo sforzo per il distanziamento sociale che è il vero scopo di tutte le normative assunte compresa quella sugli Uffici Giudiziari. Nel secondo caso —depositi senza accettazione-si andrebbe a cumulare disordinati arretrati massivi che renderebbero impossibile una ripartenza ordinata con effetti devastanti sulla efficienza".*

Un interessante quadro delle decisione assunte dai capi d'ufficio della giustizia ordinaria è pubblicato su Il Sole 24 ore del 6 aprile 2020; con un articolo di Valentina Maglione e Bianca Lucia Mazzei, Udienze, arriva un altro rinvio, Rischio ingorgo per la ripresa.

[17] Il provvedimento 9 aprile 2020 del Presidente della CTR Campania dispone: "per il periodo temporale sino al 30 giugno 2020, viste le previsioni di cui all'art. 83, comma 7, d. l. n. 18/2020, si invitano i difensori delle parti a volere preferibilmente concludere mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole riflessioni definitive; l'invito è stato ribadito dal decreto 16 aprile 2020. Questa esortazione è enunciata anche nelle indicazioni relative alla fissazione ed alla trattazione delle udienze approvate dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria. Ed ha dato luogo ad ordinanze con cui il Presidente della Sezione IN ATTUAZIONE DEL DECRETO DEL 09042020, PROTOCOLLO N. 5461, DISPONE IL RINVIO DEL PRESENTE PROCEDIMENTO ALL'UDIENZA DEL…… ORE……. Si avverte che il procedimento sarà trattato solo previa rinuncia alla pubblica udienza, ad opera della parte originariamente richiedente la pubblica udienza, ed in camera di consiglio. In difetto ne sarà disposto il rinvio.

[18] Cfr. Anna Andreani, Sospensione straordinaria Covis 19: La relazione della Cassazione, sul sito dello studio Andreani

ad un processo rapido. Ed è istintivo per tutti collocare questa compressione fra i sacrifici imposti da una sventura.

Sotto la spinta del timore del contagio emergono però anche nuove regole (e nuove fonti del diritto) che non è così sicuro debbano classificarsi come "sacrifici"; e anzi da molti operatori vengono avvertiti come vantaggi.

In sostanza, l'emergenza ha dato un ulteriore colpo a quella concezione (condivisa da chi scrive queste note) che vede nella discussione orale, nella dialettica de visu fra difensori e giudici e dei giudici fra di loro nell'ambito di organi collegiali[19], uno strumento fondamentale per dar luogo a provvedimenti ponderati e "giusti".

[19] E' pacifico che le disposizioni emergenziali consentano di svolgere con le modalità da remoto anche la camera di consiglio in cui si forma la pronuncia del giudice collegiale. Riporto alcuni brani dell'ampia motivazione contenuta nella già citata Relazione su novità normativa n. 28/20 del 1° aprile 2020 dell'Ufficio del Massimario e Ruolo- settore civile della Corte di Cassazione:

Com'è noto, l'art. 380 c.p.c. stabilisce ancora oggi perentoriamente che la Corte di cassazione, dopo la discussione della causa, delibera la sentenza in camera di consiglio «nella stessa seduta». E nessuno dubita che nel sistema immaginato dal codificatore del '40, in mancanza della possibilità tecnica di predisporre plurimi collegamenti audiovisivi da remoto tra i consiglieri, alla presenza fisica di tutto il collegio in pubblica udienza, doveva fare seguito la presenza dei medesimi alla successiva contestuale camera di consiglio.

Sulla questione, che tocca anche delicati profili ordinamentali, sembra consentito invocare i principi generali dettati nel libro primo del Codice di rito, in tema di libertà delle forme e di esclusione di ogni forma di invalidità quando l'atto processuale abbia comunque raggiunto il suo scopo52, per sostenere che – ferma appunto la necessità di garantire la contestuale "partecipazione" (intesa come facoltà di ascoltare e di intervenire) di tutti i membri del collegio alla discussione in pubblica udienza e alla successiva camera di consiglio – è oggi ammissibile che uno o più tra i componenti del collegio giudicante risultino assenti dall'aula e dalla sala della camera di consiglio, trovandosi in collegamento audiovisivo o anche solo audio da remoto. Ora, le disposizioni emergenziali in esame nulla dicono sulle modalità di partecipazione dei consiglieri che compongono il collegio all'udienza pubblica ovvero alle adunanze camerali, né sulle forme di tenuta delle camere di consiglio nel processo civile. Questo silenzio potrebbe essere interpretato come indizio di una volontà del legislatore urgente di non introdurre deroghe alla disciplina codicistica, avuto riguardo alle finalità che ispirano il decreto-legge. È ben plausibile, tuttavia, affermare che la mancata disciplina circa la presenza fisica dei componenti del collegio, in udienza e nelle camere di consiglio, manifesti una diversa precisa opzione, per una regolamentazione delle modalità di attuazione della "funzione collegiale" nelle nuove udienze pubbliche da remoto, affidata esclusivamente all'organo giudicante medesimo.

Del resto, nelle richiamate linee guida redatte dal CSM, espressamente si invitano i capi degli uffici a consentire le camere di consiglio da remoto per i magistrati, mentre è utile ricordare che anche la Corte Costituzionale, con provvedimento del suo Presidente, ha disposto misure per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19, che prevedono espressamente la partecipazione dei giudici alla camera di consiglio mediante collegamento da remoto53.

Un sicuro argomento a favore della tesi della possibilità di celebrare udienze e adunanze senza la presenza fisica di tutti i componenti del collegio, si trae dall'ultima legislazione urgente.

Mentre infatti l'abrogato decreto-legge n. 11 serbava un assoluto silenzio sulla partecipazione dei magistrati alle udienze e alle camere di consiglio, inopinatamente, l'art. 84, comma 6, del d.l. n. 18 del 2020, nell'ambito della speciale disciplina dettata per i processi innanzi al giudice amministrativo, stabilisce oggi che «Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge»; e siffatta norma, per l'espresso richiamo contenuto nell'art. 85 del citato decreto-legge, trova applicazione anche nei giudizi che si celebrano davanti al giudice contabile.

Non solo, almeno per quanto riguarda la giustizia ordinaria civile e penale (e quella tributaria) spetta i Capi degli uffici decidere la attuazione concreta dei nuovi riti "a distanza" e/o con contraddittorio meramente scritto (art. 83 7°comma lettere f ed h) [20], conclusi con pronunce assunte attraverso incontri fra persone anche fisicamente lontane. E sempre ai Capi degli Uffici spetta anche -come già abbiamo visto- di decidere chi ha diritto e chi no di accedere alla giustizia.

Tanto che mi appare appannato il principio costituzionale secondo cui "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge" (art.111 Cost.). E la definizione di quale sia nei diversi casi il giusto processo sembra delegato dalla legge ad una variegata pluralità di fonti.

È dunque in atto una riforma in teoria temporanea ma che ha buone probabilità di accelerare un mutamento degli strumenti per la decisione dei processi[21].

Sarebbe però auspicabile una ulteriore riflessione tenendo conto delle indicazioni contenute nell'art. 84 del d.l. 18/2020 e relative alla giustizia amministrativa; che presenta caratteri comuni con alcuni aspetti della giustizia civile; tanto che Alessio Scarcella [22] sottolinea " l'inspiegabile difformità di disciplina relativa ai processi civili e tributari rispetto a quanto previsto per lo svolgimento delle udienze davanti alla magistratura amministrativa e contabile".

La proposta di mutuare nella giustizia civile le norme relative alla Giustizia Amministrativa può per altro incontrare qualche riserva.

Osserva in senso contrario Francesca Picardi (La giustizia nella seconda fase dell'emergenza sanitaria): "il processo amministrativo presenta delle insuperabili differenze con quello civile e penale, essendo collegato ad un contenzioso di carattere fondamentalmente documentale, sicché

Peraltro, va segnalato che il maxiemendamento presentato dal Governo, in sede di discussione del d.d.l. n. S.1766 di conversione del d.l. n. 18 del 2020 , introduce nell'art. 83 il comma 12-quater, a tenore del quale «dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, nei procedimenti civili e penali non sospesi, le deliberazioni collegiali in camera di consiglio possono essere assunte mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Il luogo da cui si collegano i magistrati è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge. Nei procedimenti penali, dopo la deliberazione, il presidente del collegio o il componente del collegio da lui delegato sottoscrive il dispositivo della sentenza o l'ordinanza e il provvedimento è depositato in cancelleria ai fini dell'inserimento nel fascicolo il prima possibile e, in ogni caso, immediatamente dopo la cessazione dell'emergenza sanitaria».

[20] Si parla pertanto di contraddittorio simultaneo da remoto; e contraddittorio differito

[21] Massimiliano Siddi nel suo saggio pubblicato sul sito della Fondazione Leoni, sottolinea come il nostro sovrano odierno, non si manifesti più come un organo monocratico, o comunque come un'istanza decisionale unitaria e coerente ma come un sovrano "diffuso", disseminato in una pletora di istanze decisionali talora in aperto conflitto interpretativo tra loro, secondo la migliore e più avanzata espressione del "babelismo" postmoderno.

[22] Come l'informatica giudiziaria aiuta al tempo del coronavirus: una prima lettura delle disposizioni del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 in "Il diritto vivente"

non è certo possibile esportare questo modello nella giustizia ordinaria[23]. Ed è, per converso, ovvio come esista una corrispondenza fra processo amministrativo e processo tributario, più di quanto ve ne sia tra processo civile e processo tributario.

[23] Né può sottovalutarsi -nota l'A.- il completo livello di digitalizzazione della giustizia amministrativa, resa possibile anche dai numeri più esigui.

Stefano G. Guizzi

Stato costituzionale di diritto ed emergenza COVID-19: note minime

A mio padre,

che mi ha insegnato la funzione "civilizzatrice" del diritto.

SOMMARIO: 1. Premessa. Le catene di Stockton. – 2. Le limitazioni alla libertà di circolazione nel dibattito dell'Assemblea costituente. – 3. L'interpretazione dell'art. 16 Cost. nella giurisprudenza costituzionale. – 4. (Segue). Il progressivo "affinamento" dei *dicta* della Corte delle leggi. – 5. La compatibilità con l'art. 16 Cost. degli interventi normativi adottati dal Governo in relazione all'emergenza epidemiologica in atto. – 6. I reali profili di criticità costituzionale: l'incerta distribuzione delle funzioni tra i diversi livelli amministrativi della Repubblica. L'ambito di intervento delle autorità regionali. – 7. (Segue). Gli interventi dei Sindaci. – 8. Il "vero" virus che rischia di uccidere la democrazia. – 9. Il naufragio dell'Europa o un nuovo inizio? – 10. Conclusioni. Le catene di Prometeo.

1. Premessa. Le catene di Stockton. – Secondo un insegnamento ormai classico, forse al punto di divenire quasi un *cliché*, «le Costituzioni sono catene con le quali gli uomini legano sé stessi nei momenti di lucidità, per non morire di mano suicida nei giorni della follia». Vi è in questa fortunata affermazione – che si deve, come noto, ad un giurista e uomo politico statunitense del XIX° secolo, John Potter Stockton – la rappresentazione, per così dire "plastica", di una peculiare concezione, prima ancora che della Costituzione, del moderno costituzionalismo, come «limitazione legale del governo [e] antitesi del governo arbitrario»[1]. Secondo questa prospettiva, che ravvisa nelle Costituzioni, in particolare in quelle novecentesche, un «argine al potere della maggioranza»[2], un meccanismo di difesa dal rischio – di einaudiana memoria – della «tirannia dei cinquantuno»[3] (o meglio, una protezione contro la «monarchia del numero»[4], come lo erano state, del resto, le Costituzioni ottocentesche, persino nelle loro forme ottriate, contro il potere assoluto del Sovrano),

[1] Così, per rimanere nell'ambito del mondo nordamericano, C. H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), trad. it., Venezia, 1956, p. 30.

[2] Cfr. A. DI GIOVINE, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, in G.M. BRAVO (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, 2004 (consultato, da chi qui scrive, in www.associazionedeicostituzionalisti.it), al quale si rinvia per l'interessante analisi della differente influenza esercitata, anche nel processo di elaborazione delle Costituzioni del '900 (compresa quella della Repubblicana italiana), dalle esperienze costituzionali scaturite dalla rivoluzione americana del 1776 e da quella francese del 1789/1799.

[3] L. EINAUDI, *Il buongoverno. Saggi di economia e politica (1897-1954)*, Bari, 1954, pp. 92-112.

[4] D. SETTEMBRINI, *Democrazia senza illusioni*, Roma-Bari, 1994, p. 44.

le norme costituzionali sarebbero, in definitiva, un "dispositivo"[5] per preservare i diritti fondamentali degli individui. Vi sono, infatti, «materie che necessitano di essere sottratte alle vicissitudini della lotta politica, per essere poste oltre la portata delle maggioranze», come ebbe ad affermare la Corte Suprema statunitense in un suo celeberrimo arresto, giacché «i diritti fondamentali non possono essere soggetti al voto», né dipendere «dall'esito delle elezioni»[6].

Un "lascito", questo, forse il più prezioso, dello Stato liberale, inteso – secondo l'indicazione di Norberto Bobbio – «come stato limitato in contrapposto allo stato assoluto», il cui «presupposto filosofico» è «la dottrina dei diritti dell'uomo elaborata dalla scuola del diritto naturale», ovvero «la dottrina secondo cui l'uomo, tutti gli uomini indiscriminatamente, hanno, per natura, e quindi indipendentemente dalla loro stessa volontà, tanto più dalla volontà dei pochi o di uno solo, alcuni diritti fondamentali»[7]. Diritti che coloro i quali, «in un determinato momento storico detengono il potere legittimo di esercitare la forza per ottenere l'obbedienza ai loro comandi, debbono rispettare non invadendoli e garantire nei riguardi di ogni possibile invasione da parte di altri». Un presupposto, appunto, filosofico, ancorché "calato" nella realtà degli ordinamenti giuridici (già a partire da quello che – almeno nell'esperienza europea – può considerarsi l'atto fondativo del moderno costituzionalismo, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, il cui articolo 2 individuava, non a caso, lo «scopo di ogni associazione politica» nella «conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo»), giacché la dottrina filosofica dei diritti dell'uomo «serve a fondare i limiti del potere sulla base di una concezione generale e ipotetica della natura dell'uomo che prescinde da ogni verifica empirica o da ogni prova storica»[8]. Un "postulato", dunque, secondo la sua comune accezione di principio indimostrato (la cui validità si ammette, *a priori*, per evidenza o convenzione), ovvero – si richiama, sul punto, nuovamente il pensiero di Bobbio – «una ricostruzione fantastica», o meglio, la «razionalizzazione postuma» di un'esperienza storica: e ciò sia che si tratti della «lotta tra la monarchia e le altre forze sociali», nell'Inghilterra medioevale, «conclusasi con la concessione della Magna Charta», sia «delle carte costituzionali *octroyées* delle monarchie costituzionali dell'età della restaurazione», la cui «figura giuridica della concessione, che è un atto unilaterale» cela, in realtà, che esse «sono di fatto il risultato di un

[5] Per l'uso del termine, il riferimento è ovviamente a G. AGAMBEN, *Che cos'è un dispositivo?*, Roma, 2006.
[6] *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).
[7] N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia,* ried. Milano, 2006, p. 32.
[8] N. BOBBIO, *Liberalismo*, *op. cit.*, pp. 32-33.

accordo bilaterale». Una «tipica forma di finzione giuridica»[9], la quale ha avuto «lo scopo di salvaguardare il principio della superiorità dei re, e quindi di assicurare la permanenza della forma di governo monarchica, nonostante l'avvenuta limitazione dei poteri tradizionali del detentore del potere supremo»[10].

La dottrina liberale dello Stato, come «dottrina dei limiti dei limiti del potere statuale», è, dunque, il risultato di una «vera e propria rivoluzione copernicana», fondando la legittimazione statuale «non più dalla parte del potere sovrano», bensì dell'individuo. «Senza individualismo non può esservi liberalismo», questa è la conclusione del grande filosofo del diritto torinese[11]. Ma l'individuo cui fa riferimento il liberalismo – valga, sul punto, l'analisi di Pierre Manent, nella sua appassionante *Histoire intellectuelle du libéralisme* – è esso stesso un'astrazione: non un «essere in carne e ossa», bensì «quell'essere che, in quanto uomo, è naturalmente titolare di "diritti" che è possibile elencare, diritti che gli competono indipendentemente dalla sua funzione o dal suo posto nella società, e che lo rendono eguale ad ogni altro uomo». Ma come, allora, «attribuire i diritti all'individuo in quanto tale, dal momento che il diritto regola le relazioni tra gli individui, dal momento che l'idea stessa di diritto presuppone l'esistenza di una comunità o di una società già istituite?». Come, dunque, fondare la stessa «legittimità politica» – per riprendere gli interrogativi del filosofo politico francese – sui diritti dell'individuo, «dal momento che questi non esiste mai in quanto tale, dal momento che nella sua vita sociale e politica è sempre e necessariamente legato ad altri individui, ad una famiglia, ad una classe, ad una professione ad una nazione?»[12].

Di qui, pertanto, il passaggio dallo Stato di diritto *tout court* a quello *costituzionale* di diritto, visto che nel primo è offerta all'individuo soltanto la garanzia "minima" che i pubblici poteri siano regolati da norme di legge generali ed esercitati nell'ambito di esse, senza assicurare una protezione dallo stesso arbitrio del legislatore, costituendo la *rule of law* «un limite puramente formale»[13]. Quando, dunque, «si parla di stato di diritto nell'ambito della dottrina liberale dello stato, occorre aggiungere alla definizione tradizionale una determinazione ulteriore: la costituzionalizzazione dei diritti naturali, ovvero la trasformazione di questi diritti in diritti costituzionalmente protetti, cioè in

[9] Sulle finzioni giuridiche, in ambito costituzionale, si veda il bel volume di E. OLIVITO, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli, 2013.

[10] N. BOBBIO, *Liberalismo*, *cit.*, pp. 33-34.

[11] N. BOBBIO, *Liberalismo*, *cit.*, p. 36.

[12] Citazione, tutte, tratte – come si anticipava nel testo – da P. MANENT, *Storia intellettuale del liberalismo*, Soveria Mannelli, 2010, p. 5.

[13] N. BOBBIO, *Liberalismo*, *cit.*, p. 38.

veri e propri diritti positivi»[14]. Diritti, dunque, tutelati nei confronti del detentore del potere politico, chiunque esso sia, e pertanto, nelle democrazie contemporanee, un limite innanzi al quale – come si notava in premessa – «si arresta la potenza del principio di maggioranza»[15]. E ciò in coerenza – almeno con riferimento specifico all'esperienza dell'Italia repubblicana – con la nozione stessa di sovranità popolare, come enunciata dall'art. 1 della Carta Fondamentale, potendo essa esplicarsi solo «nelle forme e nei limiti della Costituzione».

Per chi ha cara questa nozione di Stato costituzionale[16], pure nel suo intrecciarsi con il liberalismo politico, e dunque con una certa idea della Carta Fondamentale, cui è estranea – secondo il personale punto di vista di chi qui scrive – ogni «funzione emancipante»[17] (e ciò non tanto per evitare che la Costituzione divenga pura "ideologia politica"[18], quanto soprattutto per scongiurare il rischio «che la "democrazia sostanziale" dei principi fondamentali del costituzionalismo fagociti il resto del costituzionalismo medesimo, vale a dire la democrazia procedurale o formale», ovvero «riduca tendenzialmente a zero o comunque eroda notevolmente lo spazio della scelta fra progetti alternativi di società nonché della deliberazione a maggioranza» e, «più in generale, della politica democratica»[19]), centrale è, appunto, la fenomenologia delle norme costituzionali come "limiti" all'arbitrio di chi, temporaneamente, "detiene lo scettro" nei sistemi democratici.

In una simile prospettiva, anche al fine di respingere la critica di quanti individuano in quello di matrice schiettamente liberale un «costituzionalismo senza qualità»[20], una vigile attenzione va sempre prestata (pur in un sistema munito di "garanzie costituzionali", quali il sindacato di costituzionalità delle leggi e la natura "aggravata" del procedimento di formazione delle leggi costituzionali e di revisione della Costituzione) verso ogni possibile tentativo di intaccare quello che – sia consentito definirlo con una certa enfasi – è il "tessuto connettivo" della nostra Costituzione: la Carta dei diritti. Pericolo che si palesa soprattutto in coincidenza di situazioni "emergenziali",

[14] N. BOBBIO, *Liberalismo*, *cit.*, p. 38.
[15] N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, pp. 399-400.
[16] Per approfondimenti si rinvia, tra i molti, a N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO, *Il Dizionario di Politica*, Torino, ed 2004.
[17] Per l'accoglimento di tale nozione – non priva, certamente, di elementi di suggestione – si veda, invece, A. DI GIOVINE-M. DOGLIANI, *Dal costituzionalismo emancipante al costituzionalismo senza qualità?*, in *Questione Giustizia*, 1993, p. 321 ss.
[18] G. BAGET BOZZO-P.P. SALERI, *Giuseppe Dossetti. La Costituzione come ideologia politica*, Milano 2009.
[19] E. VITALE, *Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica? Cinque dubbi sulla teoria dei diritti fondamentali di L. Ferrajoli*, in *Teor. Pol.*, 1998, n. 2, p. 48.
[20] Cfr., appunto, A. DI GIOVINE-M. DOGLIANI, *Dal costituzionalismo*, *op. cit.*, pp. 321 e ss.

suscettibili di divenire occasione, se non addirittura pretesto, per interventi di compressione delle libertà costituzionali

Non si vuole, qui, beninteso, indulgere nella teorica del "doppio Stato", peraltro, innegabilmente alimentata – quanto all'esperienza italiana – dalle trame golpistiche e da altre torbide vicende che hanno, purtroppo, gravemente inquinato la storia della nostra Repubblica, eventi ancora in attesa di una compiuta ricostruzione storiografica, oltre che giudiziaria. Tale teorica, a tratti quasi un'ossessiva retorica, almeno in certa pubblicistica non strettamente giuridica[21], nasce – sempre secondo la personale valutazione di chi qui scrive – da un'applicazione, per certi versi "meccanicistica", alla situazione della democrazia italiana degli anni della guerra fredda, del "paradigma" dello "Stato discrezionale", che Ernst Fraenkel elaborò (non andrebbe mai dimenticato) con riferimento all'assetto ordinamentale della Germania del "terzo reich"[22]. È, pertanto, con riguardo a quell'esperienza storica che – nel pensiero dello studioso tedesco – si delineava la contrapposizione tra *Normenstaat* e *Massnahmenstaat*, tra Stato "di diritto" e Stato "discrezionale". Nel *Massnahmenstaat*, infatti, «i detentori dei pieni poteri non si ritengono più vincolati a rispettare le norme costituzionali generali che stabiliscono le funzioni e i limiti di competenza degli organi di governo», ed inoltre «si ritengono autorizzati a esercitare il potere, non solo in casi eccezionali, ma abitualmente, non mediante leggi generali, ma mediante provvedimenti concreti presi di volta in volta, in base a un mero giudizio di opportunità». Di talché, «in contrasto col governo doppiamente legale dello stato di diritto, il governo nello stato d'eccezione è un potere doppiamente illegale, cioè arbitrario, in due sensi: rispetto al modo con cui viene esercitato, ovvero senza vincoli costituzionali, e rispetto al mezzo con cui questo esercizio viene attuato, ovvero in base a meri giudizi di opportunità»[23].

Il rifiuto dell'adozione di tale modello concettuale per la ricostruzione della "dinamica" dei rapporti tra autorità e Libertà[24], negli oltre settant'anni di vita della nostra democrazia repubblicana (al di là, lo si ribadisce, del riconoscimento delle gravi zone d'ombra che hanno contraddistinto

[21] Retorica alla quale non fu immune neppure uno dei massimi intellettuali italiani, ove il riferimento è a U. ECO, *Numero zero*, Milano, 2015.

[22] E. FRAENKEL, *The Dual State*, New York, 1941, trad. it. *Il doppio Stato*. *Contributo alla teoria della dittatura*, introduzione di N. BOBBIO, Torino, 1983.

[23] Così, in sintesi, il pensiero di FRAENKEL è descritto da BOBBIO, nell'introduzione all'edizione italiana del volume dello studioso tedesco, dalla quale le citazioni sopra riportate sono tratte.

[24] L'uso, in questo contesto, della lettera maiuscola è un "vezzo" che, chi qui scrive, ha mutuato da uno dei propri Maestri, Vincenzo Caianiello. Per una ricostruzione del suo pensiero, soprattutto in merito alla costante "tensione" esistente nella dinamica autorità/Libertà, si veda, appunto, V. CAIANIELLO, *Istituzioni e liberalismo*, Soveria Mannelli, 2005.

alcuni momenti della sua storia, sui quali è doveroso incoraggiare ogni tentativo di gettare nuova luce, in particolare sul ruolo avuto da apparati, deviati, dello Stato), non equivale, però, a negare la problematicità del tema del cd. "diritto costituzionale dell'emergenza", o meglio del *fondamento costituzionale* del "diritto dell'emergenza"[25].

È, invero, proprio in questi frangenti, e cioè nel corso delle situazioni emergenziali, che non solo il potere, ma lo stesso diritto – dismettendo la sua natura di strumento di regolazione "mite" del vivere civile – rivela il suo volto oscuro, se non propriamente violento[26]. Che si tratti, infatti, di situazioni tali da porre in pericolo la *salus rei publicae* – è il riferimento non può che andare all'ampio dibattito che ha contraddistinto, soprattutto negli Stati Uniti d'America, la stagione della cosiddetta "guerra asimmetrica", del contrasto al terrorismo di matrice islamica[27] – o, comunque, di altre emergenze globali, il "governo del terrore" evoca, da sempre, scenari che profetizzano il ritorno del leviatano di hobbesiana memoria[28].

È la "*deinocrazia*", secondo un suggestivo neologismo[29], vale a dire la torsione degli Stati contemporanei – in conseguenza di un uso "politico" della paura – verso forme di "democrazia securitaria", nelle quali la necessità di affrontare, con la massima efficacia, situazioni emergenziali, non di rado di portata planetaria, finirebbe con il giustificare "sospensioni" [30] (più o meno estese e,

[25] La distinzione non è da poco, dal momento che – come sottolinea M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, 2020, pp. 2-26, in part. p. 4 – se è vero che i Costituenti decisero, consapevolmente, di non normare lo stato di emergenza, né quello di assedio (ciò che equivale a ritenere – a giudizio di chi qui scrive – che non esista un diritto costituzionale dell'emergenza), resta, nondimeno, inteso che un «fondamento costituzionale» del diritto dell'emergenza «c'è ed è da rinvenirsi nei tradizionali princìpi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*», da intendersi quali «veri e propri princìpi costituzionali», la cui «positivizzazione si rinviene infatti in significativi *loci*: nella previsione dell'indivisibilità (art. 5) e dell'unità (art. 87) della Repubblica, ma anche in quella dell'intangibilità dei princìpi supremi del vigente ordine costituzionale, quali argini alla negoziazione pattizia, alla revisione costituzionale, al diritto sovranazionale e al diritto internazionale (artt. 7, 10, 11 e 139)».

[26] Sul punto, proprio con riferimento all'emergenza originata dall'epidemia da COVID-19, cfr. l'analisi – di grande spessore culturale – di M. DELL'UTRI, *Saepe in periculis*, 2020, in www.giustiziainsieme.it.

[27] Nella quale si è assistito persino alla slantetizzazione di quanto dovrebbe essere un tabù (per la comunità internazionale nata all'indomani del secondo conflitto mondiale e in virtù della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo), ovvero il ricorso alla pratica della tortura.

[28] Ma per una non completa estraneità anche del pensiero di Thomas Hobbes all'orizzonte del liberalismo, si veda – oltre all'ormai classico contributo di L. STRAUSS, *The political philosophy of Hobbes*, Oxford, 1936 – anche *P. Manent, Storia intellettuale, op. cit.*, in particolare il capitolo *Hobbes e la nuova arte politica*, pp. 39-68.

Nella letteratura costituzionale italiana recente, sempre con riferimento all'influenza di Hobbes sul pensiero liberale (in particolare, di John Locke), si veda M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, 2006, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

[29] Si rimanda, sul punto, all'interessante scritto di P. FERRARA, *Lo Stato preventivo. Democrazia securitaria e sicurezza democratica*, Soveria Mannelli, 2010.

[30] Accede a questa prospettiva, proprio con riferimento all'emergenza indotta dall'epidemia da COVID-19, M. SIDDI, *Il diritto sospeso: logica della paura e paura della logica*, 2020, in www.brunoleoni.it. Per una confutazione

soprattutto, durature) dello stato costituzionale di diritto, o meglio delle libertà di cui esso si alimenta.

A questo paradigma è riconducibile l'emergenza epidemiologica originata dalla diffusione del virus COVID-19, come – più o meno apertamente – taluno pare suggerire[31]? È, dunque, il timore di un contagio su scala mondiale – in quella che a qualcuno appare come la manifestazione di un'isteria collettiva, «l'isteria della sopravvivenza», di cui sarebbero preda le moderne «società della stanchezza»[32] – ad aver innescato quel "giorno della follia" che rischia, addirittura, di spezzare le "catene" costituzionali evocate da Stockton?

Per chi crede nel liberalismo, più ancora che come dottrina politica, come «filosofia pratica», che muovendo dall'osservazione empirica della realtà, ed alimentata da un richiamo costante «allo storicismo e all'ermeneutica», mira a realizzare «un confronto discorsivo»[33] su quanto forma oggetto della propria analisi, la risposta (*recte*: un tentativo di risposta) all'interrogativo appena posto non che può venire – almeno con riferimento all'esperienza italiana – da un raffronto tra le determinazioni assunte dalle pubbliche autorità, per il contrasto della pandemia in atto, ed il contesto costituzionale in cui esse sono destinate ad inserirsi.

Questo è, dunque, il *modus operandi* che si intende, di seguito, osservare.

2. Le limitazioni alla libertà di circolazione nel dibattito dell'Assemblea costituente. – Nella prospettiva appena indicata, la prima questione da affrontare, nel vagliare la conformità a Costituzione degli interventi legislativi (*recte*, normativi) adottati dal Governo in relazione alla cd. "emergenza COVID-19", è quella relativa alla loro compatibilità, o meno, con l'art. 16 della Carta fondamentale, stante le estese limitazioni che tali interventi hanno imposto, soprattutto, alla libertà di circolazione[34].

---

della tesi – argomentata, per quanto con grande finezza, dal citato autore (e non solo da lui) – si veda, oltre a quanto si proverà a sostenere *infra* nel testo, soprattutto M. LUCIANI, *Il sistema*, *op. cit*., p. 25: «*Non* siamo nello schmittiano stato d'eccezione, perché (ammesso che si tratti di una categoria giuridica e non meramente politica) esso presuppone che "un" soggetto politico o istituzionale se ne faccia carico e lo gestisca», laddove, nel caso della presente emergenza epidemiologica, «per un verso, alla catena delle fonti corrisponde, come sempre, una catena delle plurime istituzioni competenti e, per l'altro, nessuno degli atti della catena normativa sfugge al sindacato giurisdizionale», inclusa «la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale».

[31] G. PRETEROSSI, *Da emergenza sanitaria a stato di eccezione politico*, 2020, in *MicroMega-Il rasoio di Occam*.

[32] È la tesi del filosofo BYUNG-CHUL H., *La società del virus tra Stato di polizia e isteria della sopravvivenza*, pubblicato, il 7 aprile 2020, su *Avvenire*, che riproduce analogo articolo apparso su *El Pais*, il precedente 22 marzo.

[33] Così N. MATTEUCCI, *Il liberalismo*, Bologna, 2005, pp. 34-35.

[34] Sul tema della libertà costituzionale di circolazione, senza alcuna pretesa di approfondimento – impossibile, dati i limiti del presente scritto – si rinvia, essenzialmente, ai contributi specifici di L. MAZZIOTTI DI CELSO,

Detto articolo, come noto, stabilisce – al primo comma – che ogni cittadino «può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza».

I principali nodi problematici da affrontare nell'interpretazione di tale previsione – che riconosce al "cittadino" (si tornerà più avanti sul punto) il diritto di "circolare liberamente" nel territorio italiano – consistono, da un lato, nel ricostruire quale sia il significato della locuzione «limitazioni che la legge stabilisce *in via generale*», per motivi, appunto, di sanità o sicurezza, nonché, dall'altro, chiarire quale sia l'attributo specifico della libertà di circolazione, idonea a distinguerla dalla liberà personale *tout court*.

Prima, tuttavia, di rispondere a tali interrogativi (anzi, proprio al fine di farlo), appare utile ripercorrere – sebbene solo a grandi linee – l'origine dell'art. 16 della Costituzione[35].

Invero, nel sancire il diritto alla libera circolazione (e soggiorno) in ogni parte del territorio italiano, i Costituenti abbandonarono il "modello" seguito per la libertà personale e per quella domiciliare (artt. 13 e 14 Cost.), nonché per la libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15 Cost.), libertà, tutte, proclamate come «inviolabili» e concepite – non a caso – in termini di "universalità", oltre che presidiate dalla doppia garanzia della riserva di legge e di giurisdizione, al rispetto di entrambe le quali risultano, pertanto, subordinate le loro limitazioni.

Per contro, la libertà circolazione (e di soggiorno) è "conformata" alla stregua di un "diritto del cittadino" (e non di chiunque), soggetto alla sola riserva di legge, ancorché, come suole dirsi, "rinforzata", visto che le sue limitazioni non possono essere disposte dal legislatore *ad libitum*, ma solo per motivi di sanità e sicurezza (nozione, peraltro, quest'ultima – come si vedrà – della quale la giurisprudenza costituzionale ha fornito un'interpretazione che non pare azzardato definire "estensiva").

Circolazione e soggiorno (libertà di), *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, U. DE SIERVO, *Soggiorno, circolazione, emigrazione (libertà di)*, *Noviss. Dig. it.*, VXII, Torino, 1970 e U. GOLDONI, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 1. In tema si vedano anche A. BARBERA, *Note preliminari in tema di libertà di circolazione e soggiorno*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1962, pp. 695 ss., nonché *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992.

[35] Nello Statuto albertino la libertà di circolazione non aveva autonomo rilievo, giacché era considerata un aspetto della libertà personale (libertà personale disciplinata dall'art. 26, e «guerentita», peraltro, soltanto dalla previsione per cui nessuno potesse «essere arrestato, o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla legge, e nelle forme ch'essa prescrive»). La libertà di "locomozione" era, quindi, concepita come «facoltà di andare, restare, partire viaggiare; quindi di emigrare in paese estero, sia definitivamente che a tempo»; traggo l'informazione da A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID*, 2020, in www.forumcostituzionale.it.

Quanto, poi, alle limitazioni *ex lege*, deve notarsi come l'intendimento dei Costituenti, nello stabilire che esse vadano stabilite «in via generale», fu quello di precisare – superando la formula originaria, nella quale si contemplavano, genericamente, «limiti imposti dalla legge» – che «le autorità esecutive non possono porre limiti contro una determinata persona o contro determinate categorie» (così il relatore al testo dell'attuale art. 16, già art. 7 della bozza di Costituzione, On. Basso, nella seduta del 20 settembre 1946, della Prima sottocommissione della Commissione per la Costituzione)[36].

La precisazione, tuttavia, che il legislatore potesse stabilire limitazioni solo «in via generale» – ovvero, secondo una locuzione alternativa proposta sempre dal relatore, ma non recepita dalla sottocommissione, «con carattere generale» – non fu ritenuta interamente soddisfacente da taluni parlamentari (peraltro, dalle storie personali e appartenenze politiche diversissime). Per un verso, infatti, l'On. Togliatti propose l'adozione della formula «salvo limiti disposti dalla legge in circostanze eccezionali», ritenuta la sola idonea ad impedire «alle autorità (…) di fare qualsiasi cosa», giacché la locuzione proposta (e poi approvata) era tale – a suo giudizio – da lasciare «facoltà alla polizia» di «inibire la circolazione dei cittadini per motivi di ogni genere»[37]. Per altro verso, l'On. Lucifero suggerì – allo stesso fine – che la norma costituzionale indicasse *nominatim* i motivi delle limitazioni legislative, da identificare esclusivamente in «guerra, epidemie e pubbliche calamità», ritenendo che solo questi fossero «i tre casi in cui si possono inibire movimenti di popolazione per ragioni sostanziali che non sono "*ad personam*"». Viva era, dunque, in taluni dei Padri Costituenti, la preoccupazione – che investiva soprattutto i motivi di sicurezza (o meglio, di «ordine pubblico», come stabilito dal testo originario della norma) – di un «uso larghissimo» che di essi avrebbe «potuto fare il potere esecutivo», come ebbe ad esprimersi, in particolare, l'On. Lucifero.

Fu, quindi, anche per superare tali preoccupazioni se, su iniziativa dell'On. Moro, al testo della proposta relativa all'art. 7 – poi divenuto, come detto, l'art. 16 Cost. – venne aggiunto un secondo comma, in forza del quale «In nessun caso la legge può limitare questa libertà per motivi di carattere politico» (previsione poi "condensata" in quella, che figura nel testo della norma vigente,

[36] Tutti gli Atti dell'Assemblea Costituente sono reperibili, tra l'altro, sul sito www.camera.it.

[37] Nella posizione assunta dall'allora segretario del partito comunista italiano riecheggiava il timore – di ascendenza tipicamente marxiana – che «ogni articolo della Costituzione» potesse avere «in sé la propria antitesi, la sua camera alta e la sua camera bassa; la frase principale afferma la libertà, il commento addizionale la sopprime»; cfr. K. MARX, *Il diciotto brumaio di Luigi Bonaparte* (1852), ried. Roma, a cura di M. PROSPERO, 2015, pp. 24-25.

secondo cui «Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche»), e ciò proprio al fine di scongiurare comportamenti discriminatori e, di riflesso, neutralizzare il rischio di abusi nella limitazione della libertà di circolazione.

3. L'interpretazione dell'art. 16 Cost. nella giurisprudenza costituzionale. – Se quella sopra descritta è, dunque, la "cornice" in cui si iscrive la nascita dell'art. 16 Cost. (non mette qui in conto analizzare – ai fini della presente riflessione – il suo terzo comma, sulla libertà del cittadino di uscire e rientrare dal territorio della Repubblica), altrettanto utile è verificare quale sia stata l'interpretazione dello stesso fornita dalla Corte costituzionale, cominciando dai sui primi arresti in materia[38].

In particolare, proprio alla luce del dibattito svoltosi in seno all'Assemblea costituente, il giudice delle leggi – sin dalla sentenza n. 2 del 1956 – evidenziò come la frase «limitazioni che la legge pone in via generale», non allude al fatto «che le limitazioni debbano riferirsi a situazioni di carattere generale, quali epidemie, pubbliche calamità e simili», ma «deve intendersi nel senso che la legge debba essere applicabile alla generalità dei cittadini, non a singole categorie». La Corte, inoltre, escluse che la «sicurezza» – cui fa riferimento l'art. 16 Cost. – «riguardi solo l'incolumità fisica», ritenendo, invece, «razionale e conforme allo spirito della Costituzione dare alla parola "sicurezza" il significato di situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza», giacché sicurezza «si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l' "ordinato vivere civile", che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico». A tali rilievi, infine, la Corte costituzionale – già in quel lontano arresto – soggiunse la constatazione che «la formula generica dell'art. 16 riguarda un'infinità di casi difficilmente prevedibili, che ben possono essere compresi nella sintetica dizione "motivi di sanità o di sicurezza"[39], e che la finalità della norma costituzionale è di conciliare

[38] Che ebbero interessare soprattutto la legislazione sulle cd. "misure di prevenzione" e sulle quali, in dottrina, si vedano, C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, pp. 683 ss.; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; M. GALIZIA, *Libertà di circolazione e soggiorno*, in *La pubblica sicurezza*, a cura di P. BARILE, Milano, 1967, pp. 546 ss.; A. BARBERA, *Note preliminari*, *op. cit.*, pp. 695 ss.

[39] Così argomentando, peraltro, la Corte costituzionale pose le basi per escludere, in seguito, la contrarietà con l'art. 16 Cost. della disciplina relativa alla circolazione stradale, giungendo ad affermare che «il precetto di cui al detto art. 16 non preclude al legislatore la possibilità di adottare, per ragioni di pubblico interesse, misure che influiscano sul movimento della popolazione», ed in particolare che «l'uso delle strade, specie con mezzi di trasporto, può essere regolato sulla base di esigenze che, sebbene trascendano il campo della sicurezza e della sanità, attengono al buon

l'esigenza di non lasciar liberi di circolare indisturbati soggetti socialmente pericolosi e l'esigenza di impedire un generico e incontrollato potere della Polizia».

Questi principi sono stati ulteriormente sviluppati dalla successiva giurisprudenza costituzionale, che non solo ha chiarito come ai fini del rispetto della "riserva", sancita dall'art. 16 Cost., sia sufficiente che l'obbligo sia «imposto dalla legge […] a persone precisamente determinate dalla legge stessa con criteri generali e su basi assolutamente obbiettive» (Corte cost., sentenza n. 72 del 1963), ma ha pure precisato che «l'inciso "in via generale"» – che figura nel testo della norma costituzionale – non esclude affatto che le limitazioni legislative alla libertà di circolazione possano dipendere anche da «motivi che implichino un giudizio sulla personalità e sui comportamenti dei soggetti» (Corte cost., sentenza n. 68 del 1964).

Invero, secondo la Corte delle leggi, i «motivi di sanità o di sicurezza possono nascere da situazioni generali o particolari», giacché ci «può essere la necessità di vietare l'accesso a località infette o pericolanti o di ordinarne lo sgombero; e queste sono ragioni – non le uniche – di carattere generale, obiettivamente accertabili e valevoli per tutti», restando, tuttavia, inteso che «i motivi di sanità e di sicurezza possono anche derivare, e più frequentemente derivano, da esigenze che si riferiscono a casi individuali, accertabili dietro valutazioni di carattere personale», qualora si prospetti la «necessità di isolare individui affetti da malattie contagiose» o la «necessità di prevenire i pericoli che singoli individui possono produrre rispetto alla sicurezza pubblica» (così, nuovamente, Corte cost., sent. n. 68 del 1964, *cit*.). Del resto, anche la circostanza «che l'art. 16 accomuni, mettendole sullo stesso piano, le ragioni di sanità e di sicurezza è indice che non può trattarsi solo di ragioni di carattere generale, non essendo pensabile che motivi di sanità attinenti alla pericolosità di singoli individui possano non essere validi ai fini delle limitazioni consentite dalla norma costituzionale»; analogamente, pure «il fatto che lo stesso art. 16 esclude le restrizioni determinate da ragioni politiche conferma che le limitazioni possono essere adottate per motivi di carattere individuale, non essendo concepibile una misura ispirata da motivi politici se non in vista

regime della cosa pubblica, alla sua conservazione, alla disciplina che gli utenti debbono osservare ed alle eventuali prestazioni che essi sono tenuti a compiere». Si tratta, dunque, di un'ampia tipologia di limiti (divieti, diversità temporali o di utilizzazioni, subordinazione a certe condizioni), «articolata dalla pubblica autorità tenendo conto dei vari elementi in gioco: diversità dei mezzi impiegati, impatto ambientale, situazione topografica o dei servizi pubblici, conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'uso indiscriminato del mezzo privato», dando così vita ad «una disciplina funzionale alla pluralità degli interessi pubblici meritevoli di tutela ed alle diverse esigenze» coinvolte dalla circolazione veicolare, ma «sempre che queste rispondano a criteri di ragionevolezza» (Corte cost., sentenza n. 264 del 1996; in senso analogo, Corte cost., sentenza n. 66 del 2005)

dei personali convincimenti e comportamenti di individui e di gruppi» (cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 68 del 1964, *cit*.).

La conclusione – stabile, come vedremo appena di seguito, nella giurisprudenza della Corte delle leggi – è, dunque, nel senso che la formula «in via generale» venne inserita nel testo dell'art. 16 Cost. solo per chiarire che «le autorità non possono porre limiti contro una determinata persona o contro determinate categorie», sebbene ciò, «non nel senso che non si potessero adottare provvedimenti contro singoli o contro gruppi, ma nel senso che non si potessero stabilire illegittime discriminazioni contro singoli o contro gruppi»; di conseguenza, «la formula "stabilisce in via generale" altro non è che una particolare e solenne riaffermazione del principio posto nell'art. 3 della Costituzione» (ancora una volta, Corte cost., sent. n. 68 del 1964, *cit*.).

Di rilievo è, infine, la "chiosa" che la sentenza qui illustrata appone all'esegesi da essa fornita dell'art. 16, primo comma, Cost., ovvero la constatazione che «la opportunità di ribadire un canone» (quello dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge), enunciato dalla Costituzione «come uno dei suoi principi fondamentali», ha trovato la sua ragion d'essere in «vista della particolare delicatezza di questi provvedimenti che i costituenti non dubitarono che fossero di competenza della autorità amministrativa».

4. (Segue). Il progressivo "affinamento" dei *dicta* della Corte delle leggi. – Appare, pertanto, evidente – già sulla scorta delle sue più risalenti pronunce – che la riserva di legge, di cui all'art. 16, primo comma, Cost., sia intesa, nella giurisprudenza costituzionale, come una riserva certamente "rinforzata" (visto che solo motivi di sanità e sicurezza possono giustificare la limitazione al diritto di circolazione), ma "relativa"[40]. La Corte, infatti, è esplicita – già nella sentenza n. 68 del 1964 – nell'affermare che, in attuazione di previsioni legislative non aventi carattere "discriminatorio", le limitazioni possano essere pure «adottate per motivi di carattere individuale» (ovvero, per la ricorrenza di «condizioni particolari», come precisato da Corte cost., sentenza n. 244 del 1974), ed in forza di provvedimenti «di competenza della autorità amministrativa», e ciò in quanto «l'espressione "in via generale", contenuta nell'art. 16 della Costituzione non impedisce che la legge demandi alla autorità amministrativa l'accertamento del

[40] In dottrina, sulla natura "relativa" della riserva ex art. 16 Cost., si vedano L. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione*, *op. cit.*, p. 22 e U. DE SIERVO, *Soggiorno*, *op. cit.*, p. 820.

pericolo per la sanità e la sicurezza di singoli individui e quindi conceda alla predetta autorità i necessari poteri valutativi» (così, in particolare, Corte cost., ordinanza n. 161 del 1980).

Si dirà, di qui a breve, delle "ricadute" che tali affermazioni hanno con riferimento ai provvedimenti "emergenziali" adottati, dal Governo, per fronteggiare l'epidemia di "COVID-19" (nel senso, lo si anticipa sin d'ora, di fugare i dubbi di violazione dell'art. 16 Cost.).

Ciò che preme qui sottolineare è la linea di demarcazione che la Corte costituzionale ebbe a tracciare – ancora una volta, a partire dalla già illustrata sentenza n. 68 del 1964 – tra il diritto (del cittadino) alla libera circolazione e (l'inviolabile) libertà "personale" di ogni individuo, presidiata dalla garanzia della duplice riserva, di legge e di giurisdizione.

Riprendendo e sviluppando quanto già affermato *in nuce* in taluni precedenti arresti (in particolare, nella sentenza n. 45 del 1960, nella quale si era escluso che la misura del rimpatrio obbligatorio importasse restrizione della libertà personale, ponendo tale provvedimento «soltanto limiti alla possibilità di movimento e di soggiorno»), la Corte costituzionale individua nella «degradazione giuridica» del destinatario del provvedimento «uno degli aspetti di restrizione della libertà personale ai sensi dell'art. 13 della Costituzione», sicché, per poter ritenere che la misura adottata sia limitativa non della sola libertà di circolazione, ma di quella personale, «occorre che il provvedimento provochi una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da potere essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'*habeas corpus*» (cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 1964, *cit*.).

Si tratta, peraltro, di una linea interpretativa che la Corte delle leggi avrebbe "affinato" nella sua giurisprudenza successiva, rimarcando come il tratto caratteristico dell'intervento "limitativo" della libertà di circolazione – diversamente da quello "restrittivo", incidente sulla libertà personale – consista nel fatto che il primo «non dà luogo a provvedimenti di coercizione ma esclusivamente obbligatori, in guisa che colui che ne è colpito è soltanto soggetto a determinate sanzioni se non li osserva» (Corte cost., ordinanza n. 384 del 1987), nonché precisando (Corte cost., sentenze n. 419 del 1994 e n. 210 del 1995) che i precetti di cui agli artt. 13 e 16 Cost. «presentano una diversa sfera di operatività, nel senso che la libertà di circolazione e soggiorno non costituisce un mero aspetto della libertà personale, ben potendo quindi configurarsi istituti che comportano un sacrificio della prima ma non per ciò solo anche della seconda», quest'ultima evenienza essendo ipotizzabile, come visto, solo in caso di "degradazione giuridica" dell'individuo, nel senso già in precedenza chiarito.

Da segnalare, infine, che la mancata previsione della "preventiva" riserva di giurisdizione – per le misure che l'autorità amministrativa, in esecuzione di quanto disposto «in via generale» dalla legge, abbia ad adottare per limitare la libertà di circolazione – non pone alcun problema di compatibilità con il principio costituzionale della tutela delle posizioni soggettive, giacché anche in tale ambito, come chiarito dalla Corte costituzionale, a fronte del «generale potere degli organi amministrativi di adottare provvedimenti senz'altro imperativi, è da considerare la norma dell'art. 113 della Costituzione, secondo cui contro gli atti della pubblica Amministrazione è ammessa, senza esclusioni o limitazioni, la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi», sicché tale tutela è, nella specie, «assicurata *a posteriori*» (Corte cost., sent. n. 64 del 1964, *cit.*).

5. La compatibilità con l'art. 16 Cost. degli interventi normativi adottati dal Governo in relazione all'emergenza epidemiologica in atto. – Orbene, alla luce di tale ricostruzione, pare che debbano superarsi – come si accennava – i dubbi relativi alla compatibilità, con l'art. 16 Cost., degli interventi normativi adottati dal Governo, allo scopo di contrastare l'emergenza epidemiologica in atto[41], dopo aver dichiarato, con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020[42], lo «stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili»[43].

[41] Analoga conclusione anche in M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, 2020, in www.questionegiustizia.it., nonché in A. CANDIDO, *Poteri normativi*, *op. cit.*

[42] Adottata a norma dell'art. 24 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (cd. "Codice della Protezione civile"), che consente la "deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale".

[43] Da segnalare che, come rammenta M. LUCIANI, *Il sistema*, *cit.*, p. 7, la «declaratoria dello stato di emergenza non si sottrae al controllo giurisdizionale», ciò che dovrebbe contribuire a fugare molti dei dubbi di costituzionalità che circondano il cd. "diritto dell'emergenza". Invero, come rammenta il citato autore, «la deliberazione *ex* art. 24 del d. lgs. n. 1 del 2018 è sindacabile perché i suoi presupposti sono stabiliti dalla fonte primaria, con la conseguenza che il loro ricorrere può ben essere accertato dal giudice (anzitutto amministrativo). Ai sensi del comma 1 dello stesso art. 24, infatti, la dichiarazione può essere adottata solo "*sulla base dei dati e delle informazioni disponibili*", dati che devono dimostrare la sussistenza dei "*requisiti di cui all'articolo 7, comma 1, lettera* c)". Si deve perciò trattare di quei "*dati, univoci e concordanti*" che una nota pronuncia della Corte costituzionale ha considerato essenziali» (il riferimento è a Corte cost., sentenza n. 127 del 1995). D'altra parte, come sottolinea nuovamente il già citato autore, la Corte costituzionale ha espressamente riconosciuto la sindacabilità, in sede giurisdizionale, della deliberazione dello stato di emergenza, giacché – nel vagliare la legittimità di una norma penale che mirava ad assicurare l'osservanza delle misure emergenziali adottate – ha affermato che «l'atto amministrativo a carattere generale, che funge da presupposto per l'applicabilità delle sanzioni penali previste dalle norme censurate, è […] esso stesso suscettibile di valutazione, sotto il profilo della legittimità, da parte dei giudici ordinari e di quelli amministrativi, nell'ambito delle rispettive competenze». (Corte cost., sentenza n. 83 del 2010).

Invero, con il primo intervento in materia – il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, poi convertito, con modificazioni, in legge 5 marzo 2020, n. 13[44] – si è stabilito, inizialmente, che «allo scopo di evitare il diffondersi del COVID-19, nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus, le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (comma 1)[45]. Le misure *de quibus*[46] – a norma del medesimo art. 1 – includevano, tra le altre, il «divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area» suddetta (cd. "zone rosse", vale a dire quelle in cui si fosse riscontrata la presenza di focolai epidemici), nonché, simmetricamente, il «divieto di accesso al comune o all'area interessata» (comma 2, lett. a e b)[47], oltre all'applicazione «della misura della quarantena[48] con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva» (comma 2, lett. h[49]) e, infine, l'adozione «della misura di permanenza

[44] Peraltro, poi abrogato – ad eccezione sia del comma 6-*bis* dell'art. 3, sia dell'art. 4 – dal decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, nel quale, tuttavia, le sue disposizioni sono state trasfuse (in taluni casi con rilevanti modifiche).

[45] Il già citato d.l. n. 19 del 2020, all'art. 1, oltre a prevedere che tali misure di contenimento possano essere imposte su «specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso», ha disposto che le stesse valgano solo «per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020, termine dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020»; tale prescrizione risponde, chiaramente, alla necessità di rispettare quei «princìpi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle limitazioni imposte» – così M. LUCIANI, *Il sistema*, *cit.*, p. 14 – ricavabili, nuovamente, dalla giurisprudenza costituzionale, a partire da Corte cost., sentenza n. 127 del 1995 (come si vedrà *infra* nel testo).

[46] Che il comma 2 del già citato art. 1 del d.l. n. 19 del 2020 ha precisato debbano essere adottati – in attuazione, sembra di poter dire, delle indicazioni della giurisprudenza costituzionale (cfr. anche in questo caso *infra* nel testo) – «secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso».

[47] Le misure in questione, a seguito del superamento del sistema della cd. "zona rossa" (o, se si vuole, all'estensione dello stesso a tutto il territorio nazionale), sono state sostituite – ad opera del già menzionato art. 1, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020 – da quelle consistenti in «limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni».

[48] Alla quale, peraltro, sono stati sottratti, dapprima, gli «operatori sanitari e a quelli dei servizi pubblici essenziali che vengono sottoposti a sorveglianza» (art. 7, comma 1, del decreto-legge 9 marzo 2020, n. 14) e, di seguito, «i dipendenti delle imprese che operano nell'ambito della produzione e dispensazione dei farmaci e dei dispositivi medici e diagnostici nonché delle relative attività di ricerca e della filiera integrata per i subfornitori» (art. 14, comma 1, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18), prevedendosi, per gli uni come per gli altri, la sospensione dell'attività «nel caso di sintomatologia respiratoria o esito positivo per COVID-19».

[49] La misura della quarantena è stata confermata dalla lett. d) del comma 2, dell'art. 1 del d.l. n. 19 del 2020, che l'ha estesa anche nei confronti di quanti «rientrano da aree, ubicate al di fuori del territorio italiano»; di rilievo è anche – giusta il disposto della successiva lett. e) del comma 2 del medesimo art. 1 del d.l. n. 19 del 2020 – «il divieto assoluto

domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva», giusta provvedimento della «autorità sanitaria», a carico degli «individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità», i quali abbiano comunicato «tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio» (comma 2, lett. i)[50].

Prevede (o meglio, prevedeva), poi, il successivo art. 2 che le «autorità competenti»[51]– purché con le modalità previste dal successivo art. 3, commi 1 e 2 (di cui si dirà) – «possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1»[52].

L'art. 3 del medesimo d.l. n. 6 del 2020, convertito in l. n. 13 del 2020, ha disposto, invece, che l'attuazione delle misure di contenimento abbia luogo «con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri» (comma 1)[53], stabilendo pure (comma 2) che, nelle more dell'adozione di tali decreti[54], «nei casi di estrema necessità ed urgenza», le misure di contenimento possano (potessero) «essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833,

---

di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus».

[50] Si tratta di previsione poi trasfusa, almeno in parte, in quella di cui alla lett. dd) del comma 2 dell'art. 1 del d.l. n. 19 del 2020, che prevede «obblighi di comunicazione al servizio sanitario nazionale nei confronti di coloro che sono transitati e hanno sostato in zone a rischio epidemiologico come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità o dal Ministro della salute».

[51] Peraltro, non meglio identificate in tale testo di legge. Per le conseguenze di tale indeterminatezza, cfr. *infra* § 6.

[52] Allo scopo, come si vedrà meglio più avanti, di "razionalizzare" (o meglio, porre ordine) agli interventi dei diversi livelli amministrativi, il d.l. n. 19 del 2020 ha sostituito tale – per vero, assai vaga – previsione normativa con altra più specifica (art. 3, comma 1), secondo cui, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri «e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive» (tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2), con l'ulteriore precisazione, però, che l'intervento regionale è destinato ad esplicarsi «esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale». Alla stessa logica "razionalizzatrice" – o meglio, (ri)"ordinante" – rispondono le ulteriori previsioni dell'art. 3 del d.l. n. 19 del 2020: ovvero quella (comma 2) secondo cui i «Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1» (vale a dire, come visto, quelli consistenti nella necessità di operare esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale), nonché quella (comma 3) che estende questa stessa disciplina «agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente».

[53] La previsione è sostanzialmente riprodotta nell'art. 2, comma 1, del d.l. n. 19 del 2020, che stabilisce, aggiuntivamente, la possibilità di adozione di decreti del Presidente del Consiglio anche «su proposta dei presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale».

[54] Fin qui il Presidente del Consiglio risulta aver adottato i decreti 23 febbraio 2020, 25 febbraio 2020, 1° marzo 2020, 4 marzo 2020, 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020, 22 marzo 2020, 1° e 10 aprile 2020.

dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267»[55], facendo, infine, salvi – con quella che appare una previsione di chiusura – «gli effetti delle ordinanze contingibili e urgenti», già adottate dal Ministro della salute ai sensi del citato art. 32 della legge n. 833 del 1978 (comma 3).

Infine, a presidiare la "effettività" delle misure di contenimento, si era in origine stabilito (comma 4 del medesimo art. 3) che il mancato rispetto delle stesse – salvo che il fatto non costituisse più grave reato – fosse «punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale»[56].

Da quanto precede emerge, dunque, che il legislatore – secondo un modello che appare rispettoso dell'art. 16 Cost., nell'interpretazione datane dalla Corte costituzionale – ha effettivamente disposto, «in via generale», le limitazioni alla libertà di circolazione dei cittadini necessarie per «motivi di sanità», dando rilievo, con misure che non possono ritenersi "discriminatorie", giacché non rivolte *ad personam*, anche alle «condizioni particolari» di taluni individui (ovvero, gli infetti). Il legislatore, inoltre, ha demandato – come deve ritenersi, del pari, consentito sulla scorta dei citati arresti della Corte delle leggi – «alla autorità amministrativa l'accertamento del pericolo per la sanità», concedendo, pertanto, «alla predetta autorità i necessari

[55] Il comma 2 dell'art. 2 del d.l. n. 19 del 2020, nel riprodurre tale disposizione, ha, tuttavia, non solo escluso i Sindaci, nell'esercizio dei poteri ad essi spettanti in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente e quali rappresentanti della comunità locali, dal novero dei soggetti legittimati ad adottare – nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri – le misure di contenimento dell'epidemia, ma ha anche stabilito che quelle adottate dal Ministro della salute abbiano «efficacia limitata», temporalmente, fino al (e non oltre il) sopravvenire dei suddetti d.P.C.m.; da notare, peraltro, che la scelta di escludere la legittimazione dei Sindaci risulta, in qualche modo, "conseguente" ad una precedente previsione legislativa – art. 35 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 – in base alla quale, «a seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali». Una previsione, questa del citato art. 35, frutto di tecnica redazionale assai discutibile, se è vero – come è stato efficacemente notato – che «disporre che un certo atto "non può essere adottato" non ha senso, perché l'unica cosa che ha senso è disporre sulla sua legittimità»; cfr. M. LUCIANI, *Il sistema*, *op. cit.*, 22.

[56] Anche sul punto è intervenuto, con portata innovativa, il d.l. n. 19 del 2020, il cui art. 4 ha configurato – salvo che in un caso – l'inosservanza delle misure per il contenimento dell'epidemia alla stregua di illeciti amministrativi, assoggettati alla disciplina di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, eliminando ogni riferimento all'art. 650 cod. pen. (così, in particolare, i commi da 1 a 5 del suddetto art. 4). Quanto, invece alla violazione della misura di cui all'art. 1, comma 2, lettera e), ovvero del «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus», tale condotta, salvo che non integri – in base al combinato disposto degli artt. 452 e 438 cod. pen. – il reato di epidemia colposa, viene sanzionata ai sensi dell'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 (norma che punisce chiunque non osservi «un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo»), le cui pene sono state rideterminate nell'arresto da 3 mesi a 18 mesi e nell'ammenda da euro 500 ad euro 5.000 (così i commi 6 e 7 dell'art. 4 del d.l. n. 19 del 2020).

poteri valutativi"[57]. D'altra parte, l'assenza di strumenti "coercitivi" (o meglio di coercizione diretta, o per l'esattezza fisica), essendo l'osservanza delle misure – al netto delle conseguenze sanzionatorie, che pure il legislatore ha inteso ricollegare alla loro violazione[58] – affidata allo spontaneo adempimento degli obblighi da esse nascenti, impedisce di ravvisare anche quel profilo di «degradazione dell'individuo», in cui «si concreta la violazione del principio dell'*habeas corpus*», che potrebbe indurre a dubitare – secondo, nuovamente, le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale – della compatibilità delle scelte legislative, questa volta, con l'art. 13 Cost.

Né, d'altra parte, con specifico riferimento alla misura della quarantena, potrebbero porsi dubbi di legittimità costituzionale – sotto il profilo delle riserve di legge e giurisdizione, ai sensi, questa volta, dell'art. 32 Cos. – considerandola come un trattamento sanitario obbligatorio. È da condividere, infatti, il rilievo secondo cui la quarantena è una misura che non è «preordinata alla prevenzione o al rimedio di pregiudizi allo stato di salute dell'interessato», essendo invece «rivolta alla tutela della collettività», laddove il trattamento sanitario consiste in «attività diagnostiche e terapeutiche volte a prevenire o curare le malattie»[59].

Ciò, tuttavia, non supera in radice tutti i dubbi sulla conformità a Costituzione della "strategia" normativa di contrasto all'emergenza epidemiologica legata al COVID-19, apparendo talune prescrizioni di legge – almeno nella loro originaria formulazione – foriere di forti criticità,

[57] Rimarca questo aspetto – con la consueta lucidità (ed efficacia espositiva) – anche M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio*, *op. cit.*, evidenziando come tale valutazione non possa che essere espressione di «discrezionalità amministrativa, non solo perché non vi è legislatore al mondo che possa star dietro, con i suoi tempi, ad un virus che corre, ma anche perché proprio nell'apprezzamento scientifico dei dati a disposizione risiede la garanzia di adeguata, proporzionale e non arbitraria imposizione delle misure afflittive, una volta che la legge le abbia configurate in termini generali».

[58] I dubbi che sono stati avanzati – soprattutto sotto i profili del mancato rispetto delle riserve sia di legge che di giurisdizione – da G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, 2020, in sistemapenale.it, nonché da A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Questione Giustizia*, 2020, mi paiono efficacemente contrastati da M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio*, *cit.* Egli, infatti, rileva – quanto al primo profilo – come sia «direttamente la legge, e non l'autorità amministrativa, a disporre la quarantena», nonché – quanto al secondo – che nel caso che occupa non «viene in gioco una restrizione fisica alla persona» (si è detto, in effetti, *supra* come non sia prevista alcuna misura di coercizione fisica per garantire il rispetto delle misure predisposte dal Governo per contrastare l'emergenza epidemiologica), essendo «solo configurato un fatto di reato», di talché «se si viola la prescrizione, il giudice penale dovrà per forza intervenire e potrà valutare la corrispondenza dell'azione alla previsione di legge, oltre che ogni esimente invocabile», di talché l'interessato «continua a disporre della sua libertà personale, e, se ritiene che le circostanze lo consentano, può lasciare la dimora, naturalmente a suo rischio e pericolo giuridico (oltre che di salute, ma per gli altri)». Aderisce a questa tesi anche M. LUCIANI, *Il sistema*, *op. cit.*, 15, secondo cui «la mancanza della coazione fisica a sostegno delle misure impositive della quarantena esclude l'applicabilità delle norme sulla libertà personale», e dunque il regime della "doppia riserva".

[59] Così M. LUCIANI, *Il sistema*, *cit.*, p. 15, che richiama il pensiero di F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 302.

soprattutto sul piano di una non corretta distribuzione delle funzioni tra i diversi livelli amministrativi, anche (ma non solo) per le sue possibili ricadute sul piano della responsabilità penale conseguente alla trasgressione delle misure emergenziali.

È questo, dunque, l'aspetto che merita un approfondimento, senza pretesa alcuna di completezza, ma solo "a prima lettura".

6. I reali profili di criticità costituzionale: l'incerta distribuzione delle funzioni tra i diversi livelli amministrativi della Repubblica. L'ambito di intervento delle autorità regionali. – Si è già accentato come l'art. 2 del d.l. n. 6 del 2020 abbia (o meglio, avesse) previsto che le «autorità competenti» possano (potessero) «adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1», ovvero di quelle individuate dallo stesso Governo, nell'(eccezionale) esercizio delle funzioni di legislatore, a norma dell'art. 77 Cost.

L'indeterminatezza della previsione[60], non essendo individuate le suddette «autorità competenti», ha comportato, a sommesso avviso di chi scrive, una sorta di "terra di nessuno"[61], repentinamente occupata da amministratori locali e, non di rado, da Presidenti di Regione, con interventi che – lungi dall'attuare quella "polifonia istituzionale" che, secondo una certa dottrina, è prefigurata dal vigente testo dell'art. 114 Cost., come "novellato" dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 – sono apparsi, al di là delle intenzioni (in taluni casi, anche lodevoli) dei loro autori, espressione di comportamenti precipitosi e irriflessivi[62], se non addirittura burbanzosi o, peggio, ai limiti del vilipendio di altre Istituzioni.

Non è un caso, dunque, se il legislatore (statale) abbia ritenuto opportuno, innanzitutto, circoscrivere la portata degli interventi regionali (art. 3, comma 1, del d.l. n. 19 del 2020). E ciò stabilendo, in primo luogo, che solo nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, nonché con efficacia limitata fino a tale momento, le Regioni – in relazione a

[60] Una valutazione analoga è sia in M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio*, *cit.* che in M. LUCIANI, *Il sistema*, *cit.*, 3, il quale rimarca l'esistenza di un «evidente difetto di determinatezza», suscettibile di pregiudicare l'intera catena degli atti normativi adottati sulla base di tale previsione.

[61] Tale è l'opinione anche di M. LUCIANI, *Il sistema*, *cit.*, 17, che definisce «massima» la «confusione» e «insoddisfacente» la «cooperazione interistituzionale».

[62] Di differente avviso è, invece, M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio, cit.*, il quale – sebbene riconosca che il Governo, con il d.l. n. 19 del 2020, sia intervenuto «irrigidendo le misure già adottate con ulteriori disposizioni nazionali, proprio per prevenire le fughe in avanti delle autorità regionali, e non esporsi alla critica di avere troppo esitato» – reputa che, nel complesso, «il regionalismo ci abbia più aiutato nella crisi, che danneggiato».

specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso – possano introdurre «misure ulteriormente restrittive» (rispetto a quelle previste a livello nazionale). In secondo luogo, si è scelto di limitare vieppiù lo spazio di intervento delle Regioni, stabilendo che tali «misure ulteriormente restrittive» possano operare «esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale»[63].

Che le Regioni, per vero, non possano assumere – in relazione a situazioni emergenziali, dichiarate ai sensi della legislazione in materia di protezione civile – il ruolo di meri "convitati di pietra" è una constatazione che discende, nuovamente, dall'analisi della giurisprudenza costituzionale. Essa ha, infatti, affermato che lo stato di «"emergenza" non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale», sicché «il richiamo a una finalità di interesse generale – "pur di precipuo e stringente rilievo" – non dà fondamento, di per sé, a misure», da parte dello Stato, «che vulnerino tale sfera di interessi, garantita a livello costituzionale» (così Corte cost., sentenza n. 127 del 1995, nonché già sentenza n. 307 del 1983; più di recente si veda anche Corte cost., sentenza n. 18 del 2016)[64]. Resta, peraltro, inteso che – in forza del meccanismo della "sussidiarietà ascensionale" (delineato dalla giurisprudenza costituzionale a partire da Corte cost., sentenza n. 303 del 2003) – lo Stato, «in caso di calamità di ampia portata, riconosciuta con la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale», può comunque sempre assumere «funzioni amministrative mediante la loro allocazione a livello statale» (Corte cost., sentenza n. 249 del 2019).

[63] Che, d'altra parte, il Governo sia munito – anche dalla Costituzione – di «ogni mezzo per superare il dissenso regionale e locale», è quanto osserva, in modo del tutto condivisibile, ancora una volta M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio. cit.*, il quale rammenta come all'Esecutivo nazionale spetti «l'esercizio del potere generale di annullamento degli atti di ogni amministrazione, salvo quella regionale», secondo quanto previsto «dall'art. 138 del T.U. enti locali e dall'art. 2, comma 3, della legge n. 400 del 1988», mentre in relazione agli atti regionali esso può attivare non solo «un conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale, ma un semplice e rapido ricorso al Tar locale, che può sospenderli in un soffio», senza tacere di quella che definisce «l'arma fine di mondo, ovvero l'art. 120, secondo comma, della Costituzione con cui il Governo può sostituirsi agli organi regionali e locali in caso di grave pericolo per l'incolumità pubblica, se del caso nominando un commissario».

[64] D'altra parte, che le Regioni effettivamente limitino – secondo quanto è stato previsto, in modo espresso, dal d.l. n. 19 del 2020 – le proprie misure emergenziali «nell'ambito delle attività di loro competenza», dipende, in realtà, prima ancora che dalla precisazione operata dal legislatore, dalla natura solo "concorrente" della loro potestà legislativa in materia di "tutela della salute" (ex art. 117, terzo comma, Cost.), di talché, in tale ambito, esse sono legittimate solo con norme di dettaglio. Alla stregua, inoltre, del criterio della materia "prevalente", che la giurisprudenza costituzionale ha elaborato per risolvere i conflitti tra Stato e Regioni, ben difficilmente misure regionali «ulteriormente restrittive» potrebbero essere giustificate invocando la necessità di intervenire in materie oggetto di potestà esclusiva regionale ex art. 117, quarto comma, Cost.; tale è anche l'opinione di M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio, cit.*, che ritiene «un trucco», per le Regioni, «esibire le competenze residuali in tema, ad esempio, di commercio o di trasporto pubblico locale: l'interesse dominante, in base al quale qualificare l'intervento, è palesemente quello della salute, sul quale le Regioni hanno competenza concorrente, limitata alla cd. normativa di dettaglio».

Tuttavia, la decisione di circoscrivere l'ambito di intervento regionale appare, a giudizio di chi qui scrive, quanto mai opportuna, anche in ragione delle conseguenze che il legislatore statale ha deciso di ricollegare – in termini di responsabilità penale – alla trasgressione delle misure emergenziali per contrastare l'epidemia da COVID-19.

Si è detto, infatti, come all'iniziale (e generalizzata) opzione – da parte dell'art. 3, comma 4, del d.l. n. 6 del 2020 – per la riconduzione, di tutte le condotte di trasgressive alle misure *de quibus*, alla fattispecie criminosa dell'art. 650 cod. pen.[65], abbia fatto seguito quella (art. 4 del d.l. n. 19 del 2020) di sanzionare penalmente la sola inosservanza del «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus», considerata alla stregua della violazione di «un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo» (ex art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265).

È evidente, infatti, che consentire – ipoteticamente – di ricollegare effetti sanzionatori penali anche all'inosservanza di «misure ulteriormente restrittive» per contrastare l'emergenza epidemiologica, adottate a livello regionale con eventuale previsione legislativa (che fosse – in astratto – giustificata dalla necessità di intervenire in materie di potestà esclusiva, come, esemplificativamente, il commercio o il trasporto locale), avrebbe potuto porre un problema di compatibilità con l'art. 117, secondo comma, lett. l), Cost., che riserva alla potestà legislativa statale la materia, tra le altre, dell'ordinamento penale[66]. Invero, come ripetutamente osservato dalla Corte costituzionale «la riserva allo Stato di tale competenza non è una novità introdotta in sede di revisione del Titolo V», giacché, anche prima dell'avvento della legge costituzionale n. 3 del 2001, era – nella giurisprudenza della Corte delle leggi – «ricorrente l'affermazione secondo cui la sola fonte del potere punitivo è la legge statale e le Regioni non dispongono di alcuna competenza che le abiliti a introdurre, rimuovere o variare con proprie leggi le pene previste dalle leggi dello Stato in

[65] Non estranea a tale scelta, effettuata *re melius perpensa* dal Governo, si ritiene sia stata la presa d'atto che ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 650 cod. pen. – in base al prevalente orientamento giurisprudenziale (ma anche dottrinario) – è necessario che l'inosservanza riguardi un ordine specifico impartito ad un *soggetto determinato*, in occasione di eventi o circostanze tali da far ritenere necessario che *proprio quel soggetto* ponga in essere una certa condotta, ovvero si astenga da una certa condotta, e ciò per ragioni di sicurezza o di ordine pubblico o di igiene o di giustizia (cfr., tra le molte, Cass. Sez. I, sent. dep. 8 aprile 2013, n. 15936). In dottrina, anche qui senza pretesa di completezza, G. DE VERO, *Inosservanza dei provvedimenti di polizia e di manifestazioni sediziose e pericolose*, in *Dig. disc. pen.*, 1993, VII, p. 76; C. PIERGALLINI, *Norma Penale e legge regionale, la costruzione del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 490.

[66] Potrebbe apparire ipotesi di scuola, ma certi atteggiamenti da "sceriffo" di taluni Presidenti di Regione – tra richiami all'impossibilità di "passare per le armi" i trasgressori alla quarantena e minacce di disperdere gli assembramenti "con il lanciafiamme" – obbligano a prenderla in esame.

tale materia» (così, tra le tante, Corte cost., sentenza n. 185 del 2004). Come, intatti, osservato in quella che resta la pronuncia più articolata – in tale ambito – della Corte costituzionale (sentenza n. 487 del 1989), «il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, "unita per contratto sociale"», essendo «la società tutta che attende che l'esercizio del potere legislativo penale, direttamente od attraverso i suoi rappresentanti, non avvenga arbitrariamente bensì "per il suo bene e nel suo interesse"», non potendo, d'altronde, prescindersi dalla presa d'atto che la «criminalizzazione comporta, anzitutto, una scelta tra tutti i beni e valori emergenti nell'intera società: e tale scelta non può esser realizzata dai consigli regionali (ciascuno per proprio conto) per la mancanza d'una visione generale dei bisogni ed esigenze dell'intera società». È, dunque, una «statualità a doppio titolo», quella che connota la legislazione penale, visto che «statali sono i particolari interessi e valori tutelati dal ramo penale e statale è il fine perseguito attraverso le incriminazioni: la tutela di tutto l'ordinamento giuridico statale e, così, della vita sociale».

D'altra parte, la "prudenza" del legislatore statale, nel consentire interventi regionali che portino all'adozione di «misure ulteriormente restrittive», si giustifica anche – per tornare al tema del diritto alla libera circolazione del cittadino del territorio della Repubblica (che costituisce il *fil rouge* di questa riflessione) – per assicurare il rispetto dell'art. 120 Cost., il cui primo comma impedisce, ad ogni Regione, di «adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni». Se è vero, infatti, che «l'art. 16 della Costituzione autorizza anche interventi regionali limitativi della libertà di circolazione delle persone», essendo tale potere «connaturato allo svolgimento dell'autonomia politica e amministrativa delle regioni stesse», il concetto di "ostacolo alla circolazione" – che si pone come elemento ostativo a interventi regionali siffatti – esclude l'imposizione di «limiti che senza alcun fondamento costituzionale finiscono per restringere in qualsiasi modo il libero movimento delle persone», impedendo, così, che la «disciplina regionale differenziata» possa «spingersi fino al punto di porre barriere o impedimenti ingiustificati e arbitrari alla libera circolazione» (Corte cost., sentenza n. 51 del 1991; in senso analogo anche la sentenza n. 264 del 1996).

Va, infine, notato che la scelta del legislatore – come è stato acutamente osservato[67] – è stata, verosimilmente, ispirata dalla necessità di mantenere una gestione *unitaria*, non solo in senso territoriale, della emergenza in atto, secondo un modello che è suggerito, ancora una volta, dalla

[67] Ancora una volta M. LUCIANI, *Il sistema*, *cit*., pp. 19-20.

giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sentenza n. 307 del 2003). In presenza di una'emergenza, qual è quella pandemica in atto, non "si tratta solo, infatti, di proteggere la salute», ciò che astrattamente avrebbe potuto legittimare interventi dei legislatori regionali – in una materia che è oggetto di potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni – per assicurare *standard* più elevati di tutela, «ma anche di evitare il collasso del sistema economico e l'impoverimento di vastissimi strati sociali, ormai a rischio indigenza», sicché ogni «aumento del tasso di protezione della salute che comporti una compressione delle attività produttive fatalmente si risolve in un pregiudizio per altri primari interessi collettivi, il cui apprezzamento complessivo non può non essere affidato allo Stato»[68].

7. (Segue). Gli interventi dei Sindaci. – La necessità, come si diceva, di "razionalizzare" gli interventi occorrenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica, ha indotto, inoltre, il legislatore (art. 2, comma 2, d.l. n. 19 del 2020), con ripensamento rispetto alle sue scelte iniziali (art. 3, comma 2, d.l. n. 6 del 2020), ad escludere che misure di contrasto dell'epidemia da COVID-19 – in attesa dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri – possano essere adottate, in casi di «estrema necessità ed urgenza», oltre che con ordinanze di carattere contingibile e urgente del Ministro della salute, ex art. 32 della legge n. 833 del 1978, con eguali provvedimenti dei Sindaci dei Comuni, ex artt. 117 del d.lgs. n. 112 del 1998 e 50 del d.lgs. n. 267 del 2000. Si è, inoltre, stabilito (art. 3, comma 2, del d.l. n. 19 de 20020) che i «Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1» (che, come visto, legittima gli interventi dei livelli amministrativi locali «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso», abilitandoli all'adozione di «misure ulteriormente restrittive», ma sempre «senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale»).

Non estranea alla prima di tali scelte – che esclude, dunque, che il Sindaco possa avvalersi del potere (previsto in caso di «emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale») di adottare ordinanze contingibili e urgenti «quale rappresentante della comunità locale» – si ritiene sia stata la necessità di prestare ossequio, nuovamente, ai *dicta* della Corte delle leggi.

[68] Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema*, *cit.*, p. 20.

Invero, la "correzione di rotta" da parte del legislatore pare, a chi qui scrive, ascrivibile all'esigenza di tener conto di quanto affermato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 115 del 2011), nel pronunciarsi sulla conformità a Costituzione di una disposizione – l'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125 – nella parte in cui consentiva al Sindaco (in questo caso, quale ufficiale del Governo) di adottare provvedimenti a «contenuto normativo ed efficacia a tempo indeterminato», e ciò «anche fuori dai casi di contingibilità e urgenza», ma pur sempre «nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento», con il fine, in quel caso, «di prevenire e di eliminare gravi pericoli» che avessero minacciato «la sicurezza urbana».

La Corte delle leggi – nell'assumere come premessa «l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto» (e che esclude la «assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, e dunque la «totale libertà» della stessa) – ha ritenuto non essere sufficiente «che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore» (in quel caso, l'incolumità dei cittadini), essendo, invece, «indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa». Di conseguenza, si è ritenuto che le ordinanze sindacali oggetto della norma di legge suddetta, «per la natura delle loro finalità (incolumità pubblica e sicurezza urbana) e per i loro destinatari (le persone presenti in un dato territorio)», incidessero «sulla sfera generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrate, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare, che, pur indirizzati alla tutela di beni pubblici importanti», si risolvevano, «in maggiore o minore misura», in «restrizioni ai soggetti considerati». Orbene, ha osservato la Corte, poiché la Costituzione, «ispirata ai principi fondamentali della legalità e della democraticità, richiede che nessuna prestazione, personale o patrimoniale, possa essere imposta, se non in base alla legge (art. 23)», ne deriva che una «giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti» non può ridursi al «richiamo formale ad un prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini» (così Corte cost., sent. n. 115 del 2011, *cit.*).

Calati questi principi al caso che occupa, pare si possa trarre la conclusione che un profilo di frizione – non con l'art. 16, quanto piuttosto con l'art. 23 Cost. – presentava la scelta del legislatore

di consentire, oltretutto senza limiti di tempo (si consideri, infatti, che l'art. 3, comma 2, d.l. n. 6 del 2020 non stabiliva la cessazione dell'efficacia delle ordinanze sindacali al sopravvenire dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri), l'adozione dei provvedimenti suddetti. Essi, infatti, finalizzati a «contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19», risultavano "orientati" esclusivamente dallo scopo della tutela dell'incolumità collettiva, senza recare indicazioni di sorta sul *quomodo* dell'azione amministrativa, come, viceversa, richiesto dalla loro efficacia «limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini» (per riprendere le parole della sentenza testé illustrata). Invero, anche solo «l'imposizione coattiva di obblighi di non fare» – come nel caso della maggior parte delle misure di limitazione della libertà dei cittadini previste dal d.l. n. 6 del 2020 (e poi confermate dal successivo d.l. n. 19 del 2020) – «rientra ugualmente nel concetto di "prestazione"», rilevante, come visto, ai fini ed agli effetti di cui all'art. 23 Cost.; e ciò «in quanto, imponendo l'omissione di un comportamento altrimenti riconducibile alla sfera del legalmente lecito, è anch'essa restrittiva della libertà dei cittadini, suscettibile di essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare» (così, nuovamente, Corte cost., sent. n. 115 del 2011, *cit*.).

8. Il "vero" virus che rischia di uccidere la democrazia. – Orbene, proprio quest'ultimo rilievo appare – a chi qui scrive – assai significativo.

Invero, la constatazione che tutte le misure emergenziali, da adottarsi per il contrasto dell'epidemia da COVID-19 , debbano "ripetere" la propria legittimità – sia in quanto prestazioni personali imposte, sia per le conseguenze che l'inosservanza della più grave di esse (la violazione della quarantena, da parte di individui infetti) può determinare anche sul piano della responsabilità penale – da un atto "direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare", rivela il *reale* motivo di criticità del complessivo intervento normativo predisposto, fin qui, dal Governo: la marginalità, rispetto ad esso, delle Camere parlamentari, intervenute solo in sede di conversione del primo decreto-legge (il n. 6 del 2020).

Il ridimensionamento del Parlamento non è, purtroppo, una realtà di queste settimane.

La tendenza a minimizzarne le funzioni[69] non la si scopre con l'emergenza epidemiologica in atto, se si guarda allo stato del dibattito pubblico degli ultimi anni, tra proposte che oscillano tra chi vorrebbe i suoi membri dediti, in futuro, solo "a schiacciare pulsanti" (quasi una versione *modern times* della classica analisi di Walter Bagehot, che indicava, nel Parlamento, soltanto «una macchina per formare il Governo»), e chi invece preconizza – in virtù di una visione quasi idolatrica della "rete" – l'ormai prossimo avvento di una democrazia diretta, via *web*.

Certo è, però, che le proposte bizzarre di questi giorni – provenienti, per giunta, dagli stessi parlamentari – di immaginare, nel corso della presente epidemia, sedute "da remoto" di Camera e Senato, contribuisco, e non poco, a svilirne l'immagine[70].

Eppure, non solo nel disegno dei Costituenti, ma nella concreta dinamica delle relazioni tra organi costituzionali – come venuta delineandosi, ancora una volta, grazie al contributo della Corte delle leggi – il ruolo del Parlamento resterebbe centrale, nella nostra democrazia[71]. Si pensi, ad esempio, al riconoscimento del potere delle Camere di presentare mozioni di sfiducia *individuale* nei confronti di singoli Ministri (Corte cost., sentenza n. 7 del 1996), ciò che dovrebbe valere, vieppiù, a "responsabilizzare" l'intero Esecutivo nei confronti "dei rappresentanti della Nazione". Oppure all'indicazione quale «problematica prassi», dal punto di vista costituzionale, dell'apposizione della questione di fiducia sui cd. "maxiemendamenti" (Corte cost., sentenza n. 251 del 2014), che altro non è se non un'esortazione, al Parlamento, a riappropriarsi delle proprie attribuzioni. A questa stessa logica, del resto, si ispira l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sull'esercizio della funzione legislativa del Governo, in un percorso che l'ha portata – quanto, in particolare, alla decretazione d'urgenza – a riconoscere, dapprima, la possibilità di sindacare il difetto, nei decreti-legge, dei presupposti della straordinaria necessità ed urgenza (Corte cost., sentenza n. 29 del 1995), poi a dichiarare l'illegittimità della prassi della loro reiterazione (Corte cost., sentenza n. 360 del 1996), e, infine, ad escludere, «in una Repubblica parlamentare, quale quella italiana», che la legge di conversione abbia efficacia "sanante" i vizi del decreto (Corte

[69] Alla delegittimazione del Parlamento ha contribuito, e non poco, anche la polemica – spesso sguaiata – contro la "casta", purtroppo non confinata al mondo della pubblicistica giornalistica o televisiva. Per una ficcante critica di tale fenomeno, o meglio della nociva influenza che essa ha esercitato persino nel dibattito scientifico, si rinvia al M. LUCIANI, *Le salmerie della scienza giuridica*, 2015, in www.rivistaaic.it.

[70] Una serrata critica di tali proposte, nuovamente, in M. LUCIANI, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, nella (quadrupla) intervista a cura di F. DE STEFANO, 2020, in www.giustiziainsieme.it, proposte crudamente definite come «un secchio d'acqua in più al già vorticosamente funzionante mulino dell'antiparlamentarismo».

[71] Una puntuale ricostruzione – dalla quale sono tratti, in larga misura, i riferimenti giurisprudenziali riportati, di seguito, nel testo – è quella condotta da N. LUPO, *Il Governo italiano, settanta anni dopo*, 2018, in www.rivistaaic.it.

cost., sentenza n. 171 del 2007). Senza tacere della riconosciuta indispensabilità (Corte cost., sentenza n. 22 del 2012) dell'omogeneità di contenuto delle norme oggetto del decreto (e della successiva legge di conversione), pena, nuovamente, l'illegittimità costituzionale. Ma, altrettanto, potrebbe dirsi con riferimento ad alcune recenti pronunce relative all'esercizio del potere legislativo del Governo ex art. 76 Cost., essendosi, per un verso, censurata la prassi del rinvio a decreti ministeriali, disposto da decreti legislativi, per la determinazione di aspetti qualificanti l'oggetto della legge di delegazione (Corte cost., sentenza n. 104 del 2017), nonché, per altro verso, valorizzato – nello scrutinio del vizio di "eccesso di delega" – il ruolo dei lavori preparatori della legge di delegazione e del parere parlamentare espresso sullo schema del decreto legislativo (Corte cost., sentenza n. 127 del 2017).

È il momento, dunque, che le Camere parlamentari "battano un colpo"[72], perché, sinora, la gestione della crisi conseguente alla gravissima emergenza epidemiologica in atto – anche sul piano, per così dire, simbolico (se non addirittura "scenico") – è apparsa un *one man show*, con il Governo, anzi con il Presidente del Consiglio, nella veste di unico protagonista[73]. Perché è, in definitiva, l'eclissi del Parlamento[74] – ovvero, l'inesorabile superamento dell'idea del suo «essere rappresentativo della società tutta, "unita per contratto sociale"» (per riprendere le parole della Corte costituzionale) – il "vero" virus che rischia di uccidere la nostra democrazia[75]. Non il COVID-19, e con esso le (presunte) misure "liberticide" adottate dall'Esecutivo, secondo facili letture, invalse in queste settimane.

---

[72] Sottolinea quest'aspetto anche A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, 2020, pp. 203-216, in part. p. 209, in *consultaonline*, www.giurcost.org., il quale, con riferimento all'interlocuzione che il Parlamento dovrebbe instaurare con l'Esecutivo, anche in relazione al contenuto dei d.P.C.M., rammenta come – *de iure condito* – «le assemblee elettive possono indirizzare direttive al Governo volte ad emendare con effetti immediati gli atti in parola», quantunque, ovviamente, con «tutti i limiti ai quali vanno incontro gli atti parlamentari d'indirizzo, il cui rilievo resta circoscritto al solo piano politico»; di qui, dunque, la proposta – *de iure condendo* – di dare vita ad «una procedura che dia modo alle Camere di apportare con effetti immediati emendamenti ai testi normativi varati dal Governo».

[73] La necessità, per il Governo, di stabilire – anche nel corso dell'emergenza una «consultazione parlamentare continua (perfettamente compatibile con l'urgenza, se indirizzata alle commissioni permanenti)», è sottolineata anche da M. LUCIANI, *La pandemia*, *op. cit*.

[74] Del quale andrebbe valorizzata – anche nella percezione dell'opinione pubblica – soprattutto la funzione di controllo; sul punto si veda A. MANZELLA, *Il Parlamento come organo costituzionale di controllo*, in *Nomos*, 2017, consultabile in www.nomos-leaatualitàdeldiritto.it.

[75] Come osserva M. LUCIANI, *Il sistema*, *cit.*, nuovamente con riferimento all'emergenza epidemiologica in atto, «il Parlamento dovrebbe recuperare appieno la propria capacità nomopoietica, liberandosi dal ruolo di mero ufficio di conversione in legge dei decreti del Governo», giacché, se così non fosse – anche in presenza di una situazione, come la pandemia in atto, che giustifica la necessità e l'urgenza della decretazione – «dovrebbe porsi il problema della violazione del principio costituzionale della straordinarietà» della stesse.

9. Il naufragio dell'Europa o un nuovo inizio? – In una delle sue opere cinematografiche più famose, Luis Buñuel metteva in scena l'impossibilità, per un gruppo di persone, di uscire, semplicemente, da una stanza. Nelle intenzioni del grande regista spagnolo, quella pellicola – che avrebbe dovuto, non a caso, intitolarsi *Los naufragos de la calle Providencia* – voleva rappresentare il naufragio psicologico, oltre che morale, di un'intera classe sociale (quella borghesia alla quale egli dedicò, con sguardo sempre caustico, tanta parte della sua irriverente produzione artistica), smascherando le ipocrisie e le pulsioni autodistruttive della sua élite, prigioniera delle stesse istituzioni che ha creato.

Le immagini di quel film – che ebbe, alla fine, l'ancor più sinistro titolo *El ángel exterminador* – sono tornate, in questi giorni, alla mente di chi oggi scrive. Ma ciò non tanto con riferimento alla condizione di "costrizione" che – in una sorta di gigantesco effetto domino, di dimensione planetaria – vede ormai milioni di persone, ad ogni latitudine, asserragliate nelle proprie abitazioni, oltre che dipendenti, per la loro residua socialità, da vecchi e nuovi *media*. Il pensiero è corso, piuttosto, ai *summit* – anch'essi destinati a svolgersi nelle forme, virtuali, delle teleconferenze – dei capi di governo (e dei ministri) dell'Unione europea. L'isolamento, quasi claustrofobico, in cui agiscono i protagonisti di questa diplomazia "da remoto", appare – come nell'opera buñueliana – la metafora dell'impotenza delle classi dirigenti europee di "uscire" dalla crisi, politica, economica e sociale, in cui l'emergenza epidemiologica ha precipitato il vecchio contenente. Forse persino la premonizione del naufragio che incombe sulle Istituzioni comuni, di cui buona parte di esso – faticosamente e attraverso decenni di lavoro – si è dotato.

La pandemia da COVID-19 è un'emergenza globale, e globale dovrebbe essere – messi da parte gli egoismi nazionali – la risposta, almeno, europea.

Non spetta qui stabilire se le alte parole rivolte, al Consiglio dei capi di governo dell'Unione, dal nostro Presidente della Repubblica – valutando egli «indispensabili ulteriori iniziative comuni, superando vecchi schemi ormai fuori dalla realtà delle drammatiche condizioni in cui si trova il nostro Continente», giacché occorre «che tutti comprendano appieno, prima che sia troppo tardi, la gravità della minaccia per l'Europa» – si siano effettivamente tradotte, secondo il suo auspicio, in atti idonei ad assicurare quella solidarietà che «non è soltanto richiesta dai valori dell'Unione ma è anche nel comune interesse» dei suoi membri. Esula, infatti, dagli obiettivi di questo scritto – anche perché tema al di fuori delle competenze (e, soprattutto, oltre le capacità) di chi qui scrive –

domandarsi se il rimedio più idoneo a fronteggiare la crisi economica, e contenerne i costi sociali, indotta dall'epidemia in atto, sia il ricorso al MES (fuori delle condizionalità alle quali è normalmente subordinato l'accesso ai suoi fondi) o ad altri, anche inediti, strumenti finanziari[76].

Quel che è certa, però, è la delusione suscitata – se si guarda dalla prospettiva nazionale – dalla risposta che non solo i governi, ma persino ampi settori dell'opinione pubblica di altri Stati dell'Unione, hanno riservato alle particolari difficoltà incontrate dall'Italia, quale "epicentro", almeno nel continente europeo, della pandemia. Alle manifestazioni di solidarietà pelosa, giacché basate sui più triti stereotipi che "omaggiano" il belpaese per la sua *dolce vita* (e che, nemmeno tanto dissimulatamente, si risolvono nell'invito ad arrangiarsi da sé)[77], si è unita persino l'infamante accusa – rivolta, purtroppo, da stampa tutt'altro che popolare – secondo cui gli aiuti europei sarebbero attesi, come manna dal cielo, dalle organizzazioni criminali nostrane, giacché destinati a rimpinguarne le tasche[78]. Per chi ha i capelli bianchi, un vero e proprio *déjà-vu*, che ci riporta ai giorni degli spaghetti "in salsa P38", dedicati all'*Urlaubsland Italien*. Una situazione, davvero, desolante, a rincuorarci dalla quale non bastano le isolate – seppure autorevoli – prese di posizione di chi, consapevole che a causa della pandemia è l'Europa (non l'Italia) ad essere «in crisi esistenziale», sottolinea che continuare a proporsi «come il guardiano delle virtù finanziaria in una situazione del genere» è, in definitiva, solo «gretto e meschino»[79].

Ma forse, per una volta, lo «choc di realtà»[80] indotto dall'emergenza epidemiologica potrebbe rivelarsi persino salutare.

L'infezione da virus "COVID-19" pare non sia una patologia pediatrica, facendo dei bambini colpiti (e, in larga misura, anche dei giovani), dei pazienti, per lo più, solo paucisintomatici, lasciandoli, dopo il decorso della malattia, immunizzati. Ed allora, il virus inoculatosi nell'organismo dell'(ancor) giovane Unione europea potrebbe determinare, nello stesso, una risposta immunitaria.

---

[76] Per un quadro dei quali si rinvia all'interessante scritto di A. VENEGONI, *Covid-19 e interessi finanziari dell'Unione Europea: così lontani e così vicini*, 2020, in *questa rivista*, nel presente numero. Si veda pure E. ARBIA-C. BIZ. *L'Unione europea contro la pandemia di COVID-19: tra solidarietà per gestire l'emergenza sanitaria e adattamento degli strumenti esistenti, alla ricerca di un piano comune di rilancio*, 2020, in www.giustiziainsieme.it.

[77] «*Wir sind bei euch*! Siamo con voi», intitolava la *Bild* lo scorso 2 aprile, salvo riproporre i più vieti luoghi comuni sull'Italia e gli italiani.

[78] Ci si riferisce a quanto pubblicato il 9 aprile da *Die Welt*: «*In Italien wartet die Mafia nur auf einen neuen Geldregen aus Brüssel*».

[79] È quanto scrive S. KLUSMANN su *Der Spiegel* dell'8 aprile.

[80] Per riprendere il pensiero del filosofo BYUNG-CHUL H., *La società del virus*, *cit*., sul cui pensiero si ritornerà nella parte conclusiva di questo breve scritto.

Fuor di metafora, la pandemia potrebbe rappresentare l'occasione per un ripensamento integrale della stessa "costruzione europea".

Come è stato efficacemente osservato, a causa dell'emergenza epidemiologica in atto, o meglio della crisi economica da essa innescata, sono emerse «impietosamente» – sul «piano del *diritto sovranazionale*» – «tutte le insufficienze di un processo di integrazione europea lasciato a metà», giacché «la sbilenca costruzione di un sistema economico-finanziario con moneta unica e debiti sovrani plurimi si palesa finalmente a tutti (anche a chi non aveva voluto capire) per quel che è: un moltiplicatore di diseguaglianze all'interno dell'Unione e un potente fattore di disgregazione politica e sociale»[81]. Ma, soprattutto, la crisi in atto ha squarciato il sipario – si spera, definitivamente – su quanto un ingenuo "costituzionalismo irenico" aveva finito, in questi anni, per occultare: ovvero, come «la moltiplicazione dei livelli decisionali», tanto entro gli Stati, quanto, soprattutto, «a livello dei rapporti sovranazionali e internazionali, non sia soltanto la conseguenza dell'accentuata pluralità e dell'oggettiva complessificazione dei rapporti sociali, ma sia anche una scelta *politica* soggettiva e consapevole, che tende a spostare all'infinito la sede della responsabilità e – conseguentemente – a rendere inafferrabile il potere»[82].

«Questo non è il tempo» – per riprendere, ancora una volta, il lucido pensiero di Massimo Luciani – «delle illusioni cosmopolitiche alimentate dall'inverosimile *global constitutionalism*, ma quello del realismo diplomatico, di una rinnovata iniziativa *politica* e *culturale* per un nuovo ordine internazionale, cooperativo, sì, ma westfaliano»[83], che metta, pragmaticamente, al centro del processo di integrazione europea, gli Stati e i loro specifici interessi. Ma perché ciò sia possibile, occorre pure che ciascuno di essi – tale è l'opinione di chi qui scrive – rifugga da un'altra, ed opposta, tentazione: quella di un ritorno alla *kleine Heimat*, ovvero ad un gretto, autolesionistico e provinciale isolazionismo. Perché problemi globali – e l'odierna pandemia è, forse, solo un'epitome di quelli che recherà il XXI° secolo – richiederanno, come detto, sempre più risposte globali.

10. Conclusioni. Le catene di Prometeo. – Ne è giunto a noi soltanto un frammento, sicché poco c'è dato sapere sul suo intero contenuto. Il *Prometeo liberato* – al pari di quello *portatore del fuoco* – resta, in larga parte, ancora un mistero, come la sua stessa collocazione, all'interno della

[81] Così M. LUCIANI, *La pandemia*, *cit.*
[82] Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, *op. cit.*
[83] Nuovamente M. LUCIANI, *La pandemia*, *cit.*

trilogia dedicata da Eschilo al Titano che osò sfidare Zeus. Atto, forse, finale della rappresentazione scenica di quel mito, che tanta fortuna ha avuto, soprattutto in epoca romantica, incarnando il suo protagonista l'anelito dell'individuo alla libertà.

Precipitato, tra folgori divine, in un burrone senza fine, dalla montagna in cui era stato incatenato (a conclusione dell'unica tragedia a noi giunta integralmente), Prometeo riappare, descrivendo – nei pochi versi che conosciamo di quest'opera che ne celebra la liberazione – le torture ricevute, per aver rubato il fuoco, e averlo poi donato agli uomini. Inchiodato a una roccia, «come nave che è ormeggiata in fretta da paurosi marinai, che temono la notte per il mare ruggente», egli maledice Efesto, che – su ordine del Padre degli dei, e con l'aiuto di *Kràtos* e *Bìa* (potere e violenza, dunque, come *instrumentum regni* di ogni Sovrano, anche quello divino) – con «l'arte sua crudele» gli «ha lacerato le membra». E maledetto è anche «il ministro di Zeus», l'aquila che «con i suoi artigli uncinati» ne lacera il corpo, «a pezzi come pasto crudele».

Ma al termine della tragedia, affrancato dalle sue catene – grazie all'intervento di Eracle – e forse riconciliatosi con Zeus, alla cui autorità alla fine obbedisce, Prometeo, questa volta, riceve un dono divino per gli uomini: la giustizia.

Ribellione, catene, libertà, obbedienza e, infine, giustizia[84].

È stato osservato – da una delle voci più originali della filosofia contemporanea, quella di Byung-Chul Han, qui già ricordata – che con la fine della guerra fredda, e il successivo avvento della globalizzazione, superato «il paradigma immunologico che scaturisce dalla negatività del nemico», saremmo entrati nella «società della stanchezza»[85]. Il suo archetipo – nella sottile riflessione del filosofo coreano – sarebbe, nuovamente, *Prometeo*. Ma non quello eschileo o di tanta letteratura romantica, bensì di un enigmatico racconto di Kafka, giacché nella narrazione dello scrittore praghese, ad certo punto, «gli dei si stancarono, le aquile si stancarono, la ferita si richiuse stancamente». Essendo la società contemporanea – specie quella occidentale – «precipitata oggi sempre di più in una costellazione che si sottrae del tutto allo schema di organizzazione e reazione

[84] La tesi secondo cui la tragedia greca – soprattutto quella di Eschilo e di Sofocle – ha rappresentato, per la società dell'antica Grecia, la *mise en scène* di un dibattito affine a quello che si svolgeva nelle aule di giustizia è espressa, magistralmente, da J.P. VERNANT-P. VIDAL NAQUET, *Mito e tragedia nell'antica Grecia. La tragedia come fenomeno sociale estetico e psicologico*, trad. it., Torino, 1977, i quali sottolineano come, nella cultura ellenica, fosse sconosciuta la nozione di libero arbitrio. Gli uomini, al pari del resto degli dei, erano sottoposti al "fato", sicché uno dei grandi temi – antropologico, ma anche giuridico – di quell'antica società, era stabilire in quale misura gli uomini fossero liberi nel (e, dunque, responsabili del) compimento delle proprie azioni. Debbo questa straordinaria lettura – che, forse, ha condizionato l'intera mia vita – ad un grande umanista, Raffaele Greco, del quale ebbi la fortuna di essere "allievo" (pur non essendo egli un mio docente), negli anni della mia adolescenza.

[85] BYUNG-CHUL H., *La società del virus*, *cit*.

immunologica», ogni suo appartenente, privo com'è di una "alterità" con cui confrontarsi, si sarebbe tramutato in un mero «soggetto di prestazione», artefice e vittima, ad un tempo, delle proprie azioni, in «un rapporto di autosfruttamento» nel quale egli «usa violenza a se stesso, fa guerra a se stesso», e ad esso soltanto. Lo confermerebbe, del resto, lo sviluppo delle «malattie neuronali», come la depressione, la sindrome da deficit di attenzione e iperattività, il disturbo *borderline* della personalità o la sindrome da *burnout*, tutte «patologie tipiche di questo secolo». L'uomo contemporaneo, che «si immagina libero, è in realtà incatenato», e il rapace che «si ciba del suo fegato, che ogni volta ricresce, è il suo *alter ego* con cui egli è in guerra»[86].

In un simile contesto, dunque, lo «choc di realtà», indotto dalla pandemia in atto, rischia di travolgere – secondo Byung-Chul Han – le odierne società della stanchezza, prive, ormai, di ogni capacità di «reazione all'alterità».

Particolarmente esposta sarebbe, nel suo pensiero, la società occidentale, giacché quella degli Stati asiatici – nonostante la loro pressoché generalizzata adesione al neoliberismo – rimane «a differenza dell'Occidente, una società disciplinare». «In Asia» – è l'analisi dello studioso – «regna un collettivismo con una forte tendenza alla disciplina», sicché le misure imposte per il contenimento della pandemia, più che «come restrizioni ai diritti individuali, sono percepite come l'adempimento di doveri collettivi», mentre esse «nei Paesi europei incontrerebbero un forte rifiuto». In questa prospettiva, per noi cittadini del vecchio continente, «l'epidemia incontrollata e le sue innumerevoli morti» sarebbero «il prezzo che dobbiamo pagare per la libertà», a meno di non «tornare allo stato di polizia e alla società disciplinare che avevamo già superato», consegnando «il liberalismo e l'individualismo occidentali» ad «un ricordo del passato»[87].

Si tratta – a giudizio di chi qui scrive – di un'analisi molto suggestiva, ma sostanzialmente falsa (o meglio, falsificabile), almeno se si guarda alla realtà italiana. Del tutto condivisibile appare, infatti, la conclusione secondo cui, pure in presenza dell'odierna pandemia, «la Costituzione è salva» e, soprattutto, «ci salva»[88].

Le catene – quelle di Stockton – con cui i nostri Padri costituenti "legarono" sé stessi (e le generazioni future) hanno implicato non solo il riconoscimento di diritti, che si vollero così sottrarre all'arbitrio del popolo sovrano, o meglio di chi fosse risultato, di volta in volta, legittimato ad agire

[86] BYUNG-CHUL H., *La società della stanchezza*, trad. it. Roma, 2012, pp. 5-9.
[87] BYUNG-CHUL H., *La pandemia y el regreso a la sociedad disciplinaria*, in *La Vanguardia*, 3 aprile 2020.
[88] M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio*, *cit.*

in suo nome, ma anche l'adempimento di doveri[89], e non pochi, verso la Repubblica. In tale prospettiva, il Costituente – come un novello Prometeo (se è vero che l'etimologia di quel nome deriva dal verbo προμανθάνω: "saper prevedere") – non intese solo conquistare spazi intangibili di libertà per gli individui, ma, con lungimiranza, imporre a loro carico plurimi doveri di obbedienza. È, del resto, insita nella nozione stessa di Costituzione – anzi, nella sua realtà storica – la natura anche di *pactum subiectionis*, giacché in ogni «carta delle "libertà" l'oggetto principale dell'accordo sono le forme e i limiti dell'obbedienza, ovvero dell'obbligo politico» degli individui (si tratti di regnicoli o cittadini), nonché, «correlativamente le forme e limiti del potere di comandare»[90].

"*Legum omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*", recita, del resto, un antico insegnamento ciceroniano[91], sicché, riferita tale frase a quella legge fondamentale che è la Costituzione, si può convenire con chi ritiene che essa non viva solo di «politica dei diritti», risultando non meno importante «il ruolo dei doveri per la tenuta di quel contesto di civiltà senza il quale i diritti diventano armi che ciascun cittadino, isolato dagli altri, punta contro il concorrente per soddisfare un proprio individuale interesse». Infatti, se «un sistema politico privo di diritti non è una democrazia», è altrettanto vero che «una democrazia senza doveri resta in balia di egoismi individuali e conflitti istituzionali, è priva dei valori della solidarietà e dell'unità politica, capisaldi di qualunque forma democratica di governo»[92].

Non è, allora, azzardato ritenere, per tornare al tema che qui più direttamente interessa, che le restrizioni imposte, a causa dell'emergenza epidemiologica in atto, alla circolazione dei cittadini possono, o meglio debbono, essere intese – ora e qui, e non nelle sole "disciplinari" società asiatiche – come volte ad assicurare l'adempimento di un dovere di solidarietà sociale (soprattutto,

[89] Doveri che – a cominciare da quelli «inderogabili» di «solidarietà politica, economica e sociale», sanciti nei Principi fondamentali della Costituzione (art. 2) – scandiscono la sfera privata come quella pubblica della vita di ciascuno, investendo tanto «i rapporti etico-sociali» (come il dovere dei genitori di «mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio»; art. 30), quanto i «rapporti politici»: da quello di «tutti» di «concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva» (art. 53), a quello dei cittadini «di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi», ovvero, a coloro, fra di essi, cui siano «affidate funzioni pubbliche», di «adempierle con disciplina ed onore» (art. 54), fino al «sacro» dovere di ogni cittadino di provvedere alla «difesa della Patria» (art. 52).

[90] N. BOBBIO, *Liberalismo*, *cit.*, 34.

[91] Per la "fortuna" di tale massima si veda L. FEZZI, "Legum... omnes servi sumus ut liberi esse possimus*": citazioni e "non citazioni" umanistiche, liberali e "neoromane" di una celebre massima ciceroniana*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 3, 2013, 117-128

[92] L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, p. XIII.

ma non solo, "intergenerazionale") ex art. 2 Cost. [93], senza che ciò equivalga ad un'abiura dei principi del liberalismo politico e dello Stato costituzionale di diritto[94].

Non si tratta, dunque, di misure paternalistiche, dirette esclusivamente a preservare il benessere di coloro ai quali sono imposte, e come tali espressione di quel «governo fondato sul principio della benevolenza verso il popolo, come il governo di un padre verso i figli, […], in cui i sudditi, come figli minorenni che non possono distinguere ciò che è loro utile o dannoso, sono costretti a comportarsi solo passivamente»; governo nel quale – secondo l'insegnamento kantiano – «è il peggior dispotismo che si possa immaginare». Siamo, piuttosto, al cospetto di interventi volti a garantire – oltre all'integrità del nostro sistema sanitario e, con esso, l'universalità nella fruizione di un diritto, quello alla salute, che (unico nella nostra Costituzione, all'art. 32) è definito «fondamentale» – l'effettività di quel patto di mutua assistenza, tra appartenenti ad una stessa comunità, che mette al sicuro l'esistenza di tutti, e in special modo dei soggetti più fragili, e dunque quel «bene fondamentale della vita che è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2» (Corte cost., sentenza n. 223 del 1996).

Parallelamente al diffondersi dell'emergenza epidemiologica nel nostro Paese, man mano che si faceva più grave il bilancio dei malati e, purtroppo, dei decessi, si è assistito – secondo un processo in larga parte spontaneo, sviluppatosi soprattutto nei quartieri più popolari delle nostre città – a manifestazioni di ritrovato orgoglio patriottico. Molti ne hanno sorriso, ma chi qui scrive – a costo di apparire un po' naïf – non nasconde di essersi emozionato. Che si sia trattato dei *flash mob* su balconi o terrazze, in cui si intonava l'inno di Mameli, degli applausi tributati a medici e infermieri, oppure delle candele accese in memoria delle migliaia di vittime della pandemia. O dei tanti video, presenti sul *web*, che celebrano le bellezze naturali dell'Italia, i fasti della sua storia artistica e culturale, e persino la varietà del suo patrimonio enogastronomico.

Gli italiani – come raramente è capitato nella nostra recente storia, giacché l'orgogliosa rivendicazione dell'appartenenza alla comunità nazionale è stata, per lo più, l'effimera emozione suscitata dalle vittorie sportive dei nostri atleti – sentono di condividere una responsabilità verso il proprio Paese, di essere impegnati in un obiettivo comune. L'Italia, forse, ha cominciato – nelle

[93] A tale conclusione perviene M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio, cit.*

[94] È quanto reputa anche M. LUCIANI, *Il sistema, cit.*, p. 24. «*Non* siamo in periodo di dittatura», egli scrive, «certo non in una dittatura sovrana (*rei publicae constituendae causa*), ma nemmeno in una commissaria (*rei gerendae causa*), non tanto perché una simile magistratura (ché di magistratura si trattava) non esiste nel nostro ordinamento, quanto perché non c'è stata alcuna sospensione dei poteri costituzionali».

circostanze più tragiche – a costruire quella «nuova pedagogia civile, incentrata sull'equilibrio fra doveri e diritti, sul principio di responsabilità, sui valori della solidarietà politica, economica e sociale, come dispone l'articolo 2 della Costituzione»[95] di cui, da tempo, si avvertiva il bisogno.

Se così fosse, allora, potremmo guardare al futuro con una rinnovata speranza[96], ed affermare con fiducia – oggi, come domani, al cospetto di questa, non meno che delle nuove emergenze che il tempo a venire ci riserverà – che «andrà tutto bene!».

[95] Si riprendono qui – in diverso contesto – le belle parole di L. VIOLANTE, *Il dovere*, *op. cit.*, XV.

[96] Naturalmente, mai disgiunta da una vigile attenzione – lo sottolinea, nuovamente, M. LUCIANI, *Il sistema*, *cit.*, 26 – volta a verificare che l'esercizio dei poteri emergenziali sia esercitato *secundum Constitutionem*, ovvero – secondo l'insegnamento della Corte delle leggi – che sia rispetto il «nesso di congruità e proporzione fra le misure adottate e la "qualità e natura degli eventi"» (Corte cost., sent. n. 127 del 1995, *cit.*).

Lorenzo Delli Priscoli

La ricerca dei valori della Magistratura ai tempi della crisi

SOMMARIO: 1. I problemi nuovi accentuano quelli vecchi, che così diventano ineludibili: la Magistratura quale servizio per la collettività e il conseguente dovere di ascoltare la società civile. - 2. La coscienza sociale quale strumento per interpretare la Costituzione e per suggerire le soluzioni ai problemi. - 3. Il diritto della collettività ad essere correttamente informata e il diritto-dovere di informarla in capo alla Magistratura. - 4. Il diritto-dovere della Magistratura nel farsi parte attiva nel suggerire soluzioni ai problemi.

1. Introduzione: i problemi nuovi accentuano quelli vecchi, che così diventano ineludibili: la Magistratura quale servizio per la collettività e il conseguente dovere di ascoltare la società civile

L'Italia sta vivendo un periodo di grave difficoltà a causa della diffusione di un nuovo e potente fattore di negatività: il coronavirus, che ha accentuato e acutizzato vecchi problemi rendendo ineludibile ed indifferibile la necessità di affrontarli. La particolarità della crisi italiana rispetto ad altri Paesi sviluppati del mondo è infatti che da noi questa crisi è particolarmente forte ed è destinata a far sentire i suoi effetti più a lungo nel tempo perché questo nuovo fattore di negatività ha colpito un Paese particolarmente fragile e già indebolito (e quindi, se vogliamo, già in crisi) da una serie di fattori preesistenti: un enorme debito pubblico frutto del mancato rispetto del principio di correttezza intergenerazionale; un sistema sanitario colpito da una serie di tagli continui succedutisi negli anni e spezzettato fra le varie Regioni con la difficoltà di poter realizzare scambi di informazioni, di personale, di attrezzature e significative economie di scala al momento dell'acquisto delle forniture; una atavica mancanza di fiducia da parte degli altri Paesi circa la nostra affidabilità a livello internazionale; una burocrazia spietata e grottesca testimoniata non solo dall'enorme mole di leggi e regolamenti statali e regionali spesso di difficile interpretazione anche per gli addetti ai lavori e non coordinati tra loro ma anche da una mentalità bizantina ancora imperante nella pubblica amministrazione, volta a privilegiare la forma sulla sostanza e a rimandare i problemi piuttosto che ad affrontarli; una presenza forte delle mafie in un tessuto sociale alle stesse non sempre ostile; un'evasione fiscale enorme il cui disvalore sociale è tutt'altro che diffuso; un sistema di infrastrutture fatiscente; una giustizia che, pur a fronte di un sistema di garanzie astratte che probabilmente è il più evoluto al mondo, ha dei ritardi spaventosi destinati ad accentuarsi con l'attuale crisi, ritardi che costituiscono uno dei fattori che più incide negativamente sull'efficienza del sistema Italia e che scoraggia l'afflusso di investitori stranieri.

In questa gravissima situazione, i cui effetti negativi, lo si ripete, sono destinati a farsi sentire ben oltre la fine dell'emergenza sanitaria, e davanti ad una società civile ormai disillusa, disaffezionata dalla partecipazione alla vita politica del Paese, spaesata e sempre più distante dalle Istituzioni e in particolare dalla Magistratura, il magistrato italiano è chiamato all'assunzione di forti responsabilità e mai come in questi momenti ha il dovere di contraddistinguersi oltre che per equilibrio di giudizio, pacatezza, ragionevolezza, anche per il dovere di farsi parte attiva di proposte concrete e a stringersi intorno a un nucleo di valori fondamentali che lo renda meritevole di fiducia e apprezzamento all'esterno, ricordandosi che la Giustizia è amministrata in nome del popolo italiano e che costituisce un servizio alle persone in cui il protagonista non è il magistrato ma il singolo caso trattato e le persone e/o i beni della vita in esso coinvolti.

Il magistrato, pur di fronte ad una società sempre più violenta e superficiale, deve sfuggire le tentazioni di autoreferenzialità e, proprio perché la Magistratura è al servizio della collettività, deve sforzarsi invece con pazienza di comprendere al meglio quello che gli chiedono realmente la Costituzione e la società civile e quindi deve acquisire la capacità e l'umiltà di ascoltarle con un atteggiamento disponibile a cambiare le proprie convinzioni e nello stesso tempo non deve temere di dialogare con la società civile, di risponderle - cercando per quanto possibile di usare un linguaggio comprensibile ai più - e in alcuni casi di prendere l'iniziativa di informare l'opinione pubblica senza necessariamente attendere una domanda da parte sua. Il magistrato deve continuare a parlare soprattutto con le sentenze e con l'attività giudiziaria in genere ma non deve mai perdere il contatto con l'opinione pubblica e la società civile, non deve diffidarne o snobbarle, perché l'opinione pubblica e la società civile sono un'unica importantissima cosa e determinano la composizione del Parlamento e conseguentemente le scelte politiche della Nazione.

2. La coscienza sociale quale strumento per interpretare la Costituzione e per suggerire le soluzioni ai problemi

È attraverso la coscienza sociale che il giudice deve interpretare la Costituzione e la legge e non secondo proprie personali convinzioni. Il che naturalmente non significa che il Magistrato debba ricercare sempre e comunque il consenso della collettività e sforzarsi di assecondare a tutti i costi gli umori, spesso transeunti, della coscienza sociale e anzi, quando sia necessario (se ad esempio l'opinione pubblica chiedesse la pena di morte o la castrazione chimica per i violentatori di bambini o la possibilità di sparare indistintamente contro i ladri), occorre anche andarvi contro e

non assecondarla in maniera demagogica, dovendosi sempre tenere ben presente che la coscienza sociale incontra comunque il limite della Costituzione e quindi dei valori in essa incarnati.

Tuttavia è anche vero che la Costituzione detta una disciplina a maglie larghe, fatta per lo più di clausole generali, che come tale va appunto integrata con la sensibilità culturale delle istanze della società civile[1] alle quali dunque la Magistratura non può restare sorda. La coscienza sociale costituisce dunque lo strumento decisivo per mezzo del quale effettuare il bilanciamento tra i numerosi e spesso non (del tutto) conciliabili valori espressi dalla Costituzione (si pensi solo, in questo periodo di crisi e di confinamento forzoso a casa, al drammatico bilanciamento tra il diritto al lavoro e alla libertà di movimento con quello alla salute).

E il magistrato deve comprendere che al tempo della crisi il bilanciamento tra i valori espressi della Costituzione secondo le istanze della coscienza sociale non può essere lo stesso ad esempio degli anni novanta, quando i ritardi accumulati dalla Giustizia non erano gravi come adesso, le assoluzioni per prescrizioni meno frequenti, le risorse a disposizione della Giustizia complessivamente maggiori.

Pertanto, l'autonomia e l'indipendenza del Magistrato non devono tradursi in un isolamento dalla società civile e in un rifiuto aprioristico di una collaborazione con Parlamento e Governo in ossequio ad un male inteso principio di separazione tra poteri ma, pur nel rispetto delle rispettive prerogative indicate dalla Costituzione, la Magistratura deve farsi parte attiva nel perseguire l'obiettivo di risolvere quello che è unanimemente percepito proprio dalla società civile come il principale difetto della Giustizia: la sua lentezza e i suoi ritardi. La Magistratura deve incalzare – attraverso quello che è il suo organo naturalmente deputato a questa funzione ossia l'Associazione Nazionale Magistrati – gli altri poteri e l'opinione pubblica su questi temi, senza chiudersi in una torre d'avorio, perché questo non aiuterebbe né a riconquistare la fiducia dei cittadini né tantomeno a risolvere i suddetti problemi, visto che i fatti hanno dimostrato l'incapacità della politica di risolverli, cercando oltretutto spesso surrettiziamente di addossare, per lo meno in parte, la responsabilità della lentezza e dei ritardi sulla Magistratura stessa. La difesa dell'indipendenza della Magistratura passa proprio dal riuscire da un lato a trovare dei rimedi a questi ritardi e da un altro a riconquistare la fiducia della società civile nella Magistratura, perché altrimenti gli altri poteri dello Stato avranno facile gioco nel mettere in discussione questa autonomia: si pensi alle proposte dirette

[1] G. SILVESTRI, *La nascita della Costituzione italiana ed i suoi valori fondamentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006. 585.

a far indicare dal Parlamento o dal Governo le priorità nei reati da perseguire o a collocare dei funzionari provenienti dalla scuola superiore della pubblica amministrazione ai vertici degli uffici giudiziari, o ancora ad inasprire la già severa disciplina della responsabilità civile, contabile e disciplinare dei Magistrati, proposte che avrebbero facile presa nell'opinione pubblica.

L'autonomia e l'indipendenza della Magistratura non devono tradursi in una difesa aprioristica e corporativa della categoria ma neppure in un ansia ossessiva di dover dimostrare a tutti i costi alla società civile che ad esempio il collega chiacchierato sui giornali ha effettivamente sbagliato e va pertanto severamente punito: occorre invece non farsi influenzare dall'opinione pubblica ma spiegare in maniera comprensibile come stanno effettivamente le cose e, quando si tratta di giudicare altri magistrati, usare le stesse regole, le stesse garanzie e gli stessi criteri che si utilizzano per i non magistrati. Il modo migliore per riconquistare la fiducia della società civile non è quindi quello di assecondarla in tutto e per tutto o di prendere iniziative clamorose, ma quello di ascoltarla e di informarla correttamente, mostrandosi al contempo serenamente *super partes*, coerenti nel tempo, professionali ma non gelidi, nella tranquilla consapevolezza di fare al meglio il proprio dovere.

Oggi il magistrato tipo è una persona molto preparata tecnicamente e che lavora con scrupolo e abnegazione, ma che spesso non si rende conto – proprio perché questo dialogo con la società civile spesso manca - che il fine ultimo del suo lavoro deve essere quello di rendere un alto e nobile servizio alla collettività.

Tale servizio deve estrinsecarsi nel settore civile per un verso nell'offrire interpretazioni il quanto più possibile chiare, semplici e costanti nel tempo, ossia la cd. certezza del diritto: l'obiettivo deve infatti essere quello di permettere al cittadino di decidere se intentare un'azione giudiziaria con una ragionevole possibilità di prevederne l'esito finale. In effetti, dal momento che l'art. 101 Cost. prevede che la giustizia è amministrata in nome del popolo e i giudici sono soggetti solo alla legge, tale precetto costituzionale impone di non perseguire interpretazioni in evidente contrasto con il significato letterale della norma, ma di conciliare l'interpretazione più piana e coerente della lettera della legge con le istanze provenienti dalla collettività, fra le quali una delle più frequenti e assillanti è quella della certezza del diritto, da intendersi come stabilità nel tempo delle norme e delle relative interpretazioni e come adesione all'interpretazione più semplice e lineare di una data norma.

Per un altro verso, il miglior servizio che può rendere il magistrato nel settore civile è dare una risposta pronta ed effettiva alla domanda di giustizia, questo soprattutto interessando al cittadino, che invece è scarsamente interessato all'accuratezza e alla raffinatezza dei ragionamenti giuridici e finanche alla presenza di un terzo, quarto o quinto grado di giudizio[2] (si pensi a istituti quali la revocazione o all'ipotesi in cui la Cassazione cassi con rinvio, che sono tutti strumenti che allontano la definitività della decisione).

Nel settore penale i valori che la società civile intende prioritariamente perseguire sono, accanto alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo quali la presunzione di innocenza dell'imputato e la sua condanna solo quando la prova della colpevolezza sia stata raggiunta al di là di ogni ragionevole dubbio, anche, in maniera sempre più pressante ed ineludibile, diritti fondamentali della collettività quali la sicurezza, l'ordine pubblico, la pacifica convivenza, le esigenze di difesa sociale e di contrasto alla criminalità, la certezza della pena, tutti valori di sicura rilevanza costituzionale secondo la Consulta[3], esigenze dunque delle quali non può non tenersi conto nel momento in cui tali interessi entrano inevitabilmente in contrasto con le garanzie dell'imputato (si pensi ad esempio alla rigidità del sistema accusatorio e alla scarso valore in giudizio delle prove raccolte dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero in un Paese come il nostro dove il dibattimento viene celebrato a una distanza - spesso di anni – sempre maggiore rispetto allo svolgimento dei fatti).

Un'altra spinta significativa nel senso della necessità di mettere in discussione dogmi consolidati è stata offerta dalla nota vicenda Taricco[4]: con tale sentenza era stat investita la Corte di Giustizia della questione relativa alla compatibilità del contenuto della sentenza Taricco del 2015 della Corte di giustizia[5], ispirata dal fine di dare prevalenza agli interessi economici dell'Unione

[2] Si rifletta inoltre sulla circostanza che il doppio grado di giurisdizione di merito non è assistito da copertura costituzionale (*ex plurimis*, sentenze n. 58 del 2020, n. 199 del 2017 e n. 243 del 2014), né convenzionale (Corte EDU, sentenza 20 ottobre 2015, Costantino Di Silvio contro Italia, par. 50).

[3] Corte cost. nn 18 e 57 del 2020; nn. 195, 187 e 99 del 2019, n. 211 del 2018; n. 76 del 2017; n. 63 del 2016, sentenze che specificano altresì che il perseguimento degli interessi costituzionali alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza è affidato dalla Costituzione in via esclusiva allo Stato (art. 117, primo comma, lettera h, Cost.). Si tratta di diritti fondamentali della collettività che sempre più spesso trovano spazio nelle sentenze della Corte costituzionali quali valori che entrano in bilanciamento e sono in grado di limitare diritti fondamentali del singolo. Tali diritti fondamentali della collettività non hanno un riferimento in una precisa norma della Costituzione semplicemente perché non possono essere confinati entro una sola norma in quanto trasversali a tutti i valori e a tutte le norme costituzionali. Una comunità in balia della criminalità, priva di ordine pubblico e ove non siano garantite la pacifica convivenza e vi sia disinteresse per la difesa sociale non sarebbe infatti in grado di assicurare la tutela di alcun diritto fondamentale dell'individuo.

[4] Corte cost. n. 24 del 2017.

[5] Corte di giustizia UE, Grande sezione, 8 settembre 2015, in causa C-105/14, Taricco.

europea sui principi fondamentali della nostra Costituzione in tema di principio di legalità nel diritto penale. Tale sentenza della Corte di Lussemburgo infatti ha "allungato" i termini di prescrizione dei reati di frode fiscale - commessi in Italia ma di rilevanza comunitaria perché riguardanti l'IVA, che contribuisce a finanziare l'Unione europea - così dettando – mediante una sentenza della Corte di Giustizia oltretutto caratterizzata da una certa indeterminatezza delle situazioni cui si riferisce - una disciplina penalistica più sfavorevole al reo, nonostante in Italia la prescrizione sia un istituto avente carattere di diritto sostanziale, come tale riservato alla competenza del legislatore statale e soggetto al principio di legalità nelle sue esplicazioni della sufficiente determinatezza della norma e dell'irretroattività della legge penale più sfavorevole[6]. La Corte costituzionale, con la poc'anzi citata sentenza del 2017, afferma dunque con forza l'importanza dei diritti fondamentali dell'uomo, che possono essere compressi ma non esclusi quando entrano in bilanciamento con altri valori, quali quelli economici dell'Unione. L'Italia effettivamente afferma dei principi di diritto nobili e indiscutibili, ma si scontra con la sua atavica incapacità di metterli in pratica e con le sue proverbiali inefficienze. La Corte di Giustizia sanziona l'Italia facendole rimarcare che i diritti fondamentali vanno conquistati e sudati e non solo affermati, in quanto un sistema giustizia lento e farraginoso come quello italiano non può permettersi una quantità di garanzie per l'imputato eccessive, e le ricorda che nell'aderire all'Unione europea ha preso dei precisi impegni nel combattere le frodi[7].

3. Il diritto della collettività ad essere correttamente informata e il diritto-dovere di informarla in capo alla Magistratura

[6] La Corte di giustizia ha affermato che l'art. 325 del TFUE impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, comma 2, c.p. in tema di prescrizione dei reati quando ciò gli impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frodi fiscali gravi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

[7] La Corte di Giustizia, con sentenza della grande sezione del 5 dicembre 2017, C-42/17, ha poi riconosciuto nel caso specifico le ragioni della Corte costituzionale, affermando che l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, dev'essere interpretato nel senso che il giudice nazionale non deve disapplicare le disposizioni interne sulla prescrizione dei reati concernenti l'evasione dell'IVA quando ciò comporti una violazione del principio di legalità a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che imponga un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato. Deve tuttavia rilevarsi che la Corte di Giustizia è giunta a queste conclusioni non sulla base di una ammissione della validità delle teoria dei controlimiti (ossia l'affermazione che possa esistere, nella gerarchia delle fonti europea, un qualcosa - i diritti fondamentali individuati da singoli Paesi membri - che possa essere sovraordinato rispetto al diritto dell'Unione europea), ma ritenendo che i diritti fondamentali invocati dall'Italia fossero in realtà patrimonio comune anche dell'Unione Europea, e anzi sottolineando e ribadendo il primato del diritto dell'Unione.

Grazie anche alle ormai numerose univoche pronunce sia della Corte di Strasburgo che di quella di Lussemburgo, in tutti i Paesi dell'Unione europea e in quelli aderenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è riconosciuto con forza un diritto della stampa e dei mass-media in generale di informare l'opinione pubblica sulle decisioni della Magistratura ed eventualmente di criticare, anche aspramente e duramente, tali decisioni. Questo perché ovunque è riconosciuto che il diritto di informare e di essere informati costituisce la pietra angolare della democrazia ed è un diritto fondamentale non solo dei singoli individui ma della collettività in generale. L'Italia democratica - a differenza di quanto accaduto per lo Statuto Albertino del 1848 (e per il di poco successivo r.d. 26 marzo 1848, n. 695, meglio noto come "*Editto Albertino sulla Stampa*" che rappresentò una elargizione del Sovrano ai sudditi) – ha guadagnato "da sé" - attraverso il sacrificio di molti italiani durante la Resistenza - la Costituzione del 1948 e una legge sulla stampa molto aperta, reagendo così al ventennio fascista, in cui ogni forma di libertà era stata sospesa in attuazione di un preciso disegno politico volto a controllare il settore dell'informazione, per assicurarsi il consenso dell'opinione pubblica. L'Italia è dunque ben consapevole del valore e dell'importanza di questa libertà e di quanto sia importante impegnarsi per difenderla. La Costituzione italiana, in antitesi con l'impostazione dirigistica e repressiva propria del regime fascista, garantisce il principio della libera manifestazione del pensiero e non consente che la stampa possa essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Fin dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 – il cui articolo 11 recitava: *la libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge* – la libertà di manifestazione del pensiero ha assunto un ruolo centrale per lo sviluppo della civiltà giuridica europea. Tale fondamentale diritto si è nel tempo progressivamente affinato e la Costituzione italiana, nell'interpretazione datane dalla Corte costituzionale, stabilisce un diritto di informare di tutti i mezzi di informazione e un diritto dei cittadini ad essere informati[8]. Quest'ultimo diritto ad essere informati intanto può considerarsi concreto ed effettivo in quanto l'informazione sia pluralistica, completa, adeguata, chiara e corretta.

[8] La giurisprudenza della Corte costituzionale ha costantemente affermato la valenza centrale della libertà di manifestazione del pensiero nel nostro ordinamento costituzionale. Sin da risalenti pronunce essa ha infatti asserito che tale libertà «è tra le libertà fondamentali proclamate e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale» (sentenza n. 9 del 1965), sottolineando che il diritto previsto dall'art. 21 Cost. è «il più alto, forse,» dei «diritti primari e fondamentali» sanciti dalla Costituzione (sentenza n. 168 del 1971). La

Se questi principi di fondo sono ormai sicuramente affermati, più problematico è individuare un effettivo diritto della collettività ad essere non tanto "quantitativamente" informati (l'accesso all'informazione infatti, con la diffusione ormai capillare di mezzi – accanto a quello tradizionale della stampa - quali radio, televisione e internet permette pressoché a tutti di accedere ad un enorme quantità di informazioni ad un costo molto vicino allo zero), quanto soprattutto "qualitativamente" informati, ossia in maniera effettiva e chiara. Basti pensare che quasi mai gli individui hanno accesso ad informazioni importantissime (o che per lo meno sarebbero curiosi di conoscere) quali le fonti e la proprietà e gli orientamenti politici dei mezzi di comunicazione ai quali si affidano.

Su questo problema si innesta il ruolo della Magistratura, che ha quindi non solo un diritto ma anche un dovere della Magistratura di reagire ad una scorretta e distorta informazione dell'opinione pubblica da parte dei mass-media, perché tale scorretta informazione incide direttamente sul diritto della collettività ad ottenere una informazione corretta e qualitativamente dignitosa.

In questo processo la Magistratura, fermo restando un suo dovere generale di non esprimere giudizi di valore non strettamente necessari rispetto alle proprie decisioni, ha dunque un diritto-dovere di intervenire, per chiarire dei punti importanti di una o più decisioni che l'opinione pubblica non abbia ben compreso, tutte le volte in cui il suo silenzio arrecherebbe maggiori danni di un chiarimento. L'approccio peggiore per la Magistratura è isolarsi dietro un muro di silenzio perché di fronte ad una vulgata errata di una decisione il silenzio contribuirebbe ad incrementare il sospetto che quella vulgata errata sia in realtà quella corretta, nonché condivisa o per lo meno tollerata dalla Magistratura, alimentando sospetti e contribuendo a creare una brutta fama alla Magistratura. L'opinione pubblica potrebbe sospettare di avere a che fare con dei giudici non imparziali, poco capaci, irragionevoli. I cittadini invece (ma oramai dobbiamo dire gli esseri umani perché sia la Corte di Giustizia che la Corte di Strasburgo riconoscono, tra i diritti fondamentali dell'uomo,

---

libertà di manifestazione del pensiero rientra quindi, secondo la Corte, tra i «diritti inviolabili dell'uomo» di cui all'art. 2 Cost. (sentenza n. 126 del 1985), con la conseguenza, da un lato, che la Repubblica ha il dovere di garantirla anche nei confronti dei non cittadini (nel senso che «non è lecito dubitare che la libertà [in parola] debba imporsi al rispetto di tutti, delle pubbliche autorità come dei consociati, e che nessuno possa arrecarvi attentato», sentenza n. 122 del 1970) e, dall'altro, della non sopprimibilità della stessa (anche se non, sembra doversi ritenere, dell'immodificabilità della formulazione attuale dell'art. 21 Cost.). La stessa Corte ha posto un forte accento sul rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e regime democratico, affermando che la prima è «pietra angolare dell'ordine democratico» (sentenza n. 84 del 1969), «cardine di democrazia nell'ordinamento generale» (sentenza n. 126 del 1985). In senso analogo, anche le sentenze: n. 11 del 1968, che definisce il diritto di cui all'art. 21 Cost. «coessenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione»; n. 98 del 1968, secondo cui la «libertà di manifestazione del pensiero è principio fondamentale dell'ordinamento democratico».

anche il diritto ad informare e ad essere informati correttamente) devono avere fiducia nella Giustizia, devono riconoscere l'autorevolezza della Magistratura, se non altro perché, in ragione del principio di effettività le decisioni siano socialmente rispettate ed effettivamente eseguite.

D'altra parte la Magistratura deve prestare attenzione a non abusare di questo loro diritto-dovere di effettuare chiarimenti, perché esiste concretamente il rischio che questi chiarimenti si sostituiscano – nell'opinione pubblica – alle concrete motivazioni della decisione oggetto di chiarimenti. Vi è altresì sempre il pericolo che l'intervento della Corte venga percepito come un *excusatio non petita*, come un volersi scusare per una decisione di cui ci si sia successivamente pentiti. Il diritto dell'opinione pubblica ad essere informata in una maniera realmente comprensibile si scontra inoltre con il pericolo di semplificazioni eccessive che rischiano di far perdere la reale portata della decisione. Spesso decisioni basate su regole giuridiche prettamente tecniche e ragionamenti sofisticati vengono divulgate in maniera approssimativa (anche in ragione delle scarse conoscenze tecnico-giuridiche dei giornalisti) con la conseguenza di indurre nell'opinione pubblica sentimenti di dissonanza rispetto alle decisioni giudiziarie[9], e non è facile per la Magistratura intervenire a ristabilire la reale portata della decisione, circostanza che sola può contribuire a riavvicinare la Magistratura alla società civile.

[9] Cfr. G. CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia nell'anno 2016*, pp. 35-36. Qui di seguito si riporta il testo integrale del testo riguardante i rapporti con la stampa: «*7. Le distorsioni del processo mediatico. L'opinione pubblica esprime spesso sentimenti di indignazione per talune decisioni di proscioglimento o anche di condanna, se ritenute troppo miti, pronunciate da tribunali e corti in casi di grande rilievo mediatico. Leggendo le pagine dei media si scorge una frattura fra gli esiti dell'attività giudiziaria e le aspettative di giustizia, a prescindere da ogni valutazione circa la complessità dei fatti, la validità delle prove, i principi di diritto applicati, le garanzie del processo, la tenuta logica della decisione. Il disorientamento nasce dalla discrasia spazio-temporale fra l'ipotesi di accusa, formulata nelle indagini preliminari, il pregiudizio costruito nel processo mediatico parallelo che s'instaura immediatamente, le ansie securitarie dei cittadini, da un lato, e le conclusioni dell'attività giudiziaria che seguono a distanza di tempo dalle indagini, già di per sé troppo lunghe. In questa contraddizione s'annida il conflitto tra la giustizia "attesa" e la giustizia "applicata", con il pernicioso ribaltamento della presunzione d'innocenza dell'imputato. Talora sono lo stesso pubblico ministero, titolare delle indagini, o l'avvocato difensore a intessere un dialogo con i media e, tramite questi, con l'opinione pubblica; in tal caso, il corto circuito tra il rito mediatico e il processo penale è destinato ad accentuarsi. Si conferma, anche per questo aspetto, la necessità e l'urgenza dell'intervento riformatore, diretto a restaurare le linee fisiologiche del giusto processo, ridando respiro, a fronte delle aspettative di sicurezza e legalità dei cittadini, alla ricostruzione probatoria del fatto e all'accertamento della verità nel giudizio, secondo criteri di efficienza, ragionevole durata e rispetto delle garanzie. Nello stesso tempo, mi sembra che, per un verso, debbano essere ricostruite le linee dell'attrazione ordinamentale della figura del pubblico ministero nel sistema e nella cultura della giurisdizione (da cui, di fatto, è visibile, in alcuni casi, il progressivo distacco, per una sorta di spiccata autoreferenzialità, anche nei rapporti con la narrazione mediatica); e che, per altro verso, meriti di essere presa in seria considerazione la proposta di aprire talune, significative, finestre di controllo giurisdizionale nelle indagini preliminari, piuttosto che prevedere interventi di tipo gerarchico o disciplinare*».

4. Il diritto-dovere della Magistratura nel farsi parte attiva nel suggerire soluzioni ai problemi

È fondamentale, come già evidenziato, che, oltre ad ascoltare le istanze della società civile, la Magistratura sappia anche informarla in maniera chiara, adeguata e completa, secondo criteri non dissimili da quelli che si chiedono al medico nel rapporto con il paziente o all'intermediario professionale nei rapporti con il cliente.

Perché è così importante informare correttamente e adeguatamente la collettività circa l'attività della Magistratura? Innanzitutto perché – lo si è detto - il diritto ad essere informati costituisce un diritto fondamentale della collettività, a prescindere dai benefici che queste informazioni forniscono. Inoltre queste informazioni contribuiscono a capirsi meglio a distendere il clima di perenne conflitto e tensione che si respira in Italia[10] e a rendere consapevoli la collettività dell'importanza del lavoro della Magistratura e quindi a prendere coscienza della decisività del mantenimento della sua indipendenza per il bene del Paese, cosicché non possano attecchire proposte demagogiche come ad esempio quella poc'anzi ricordata relativa ad un inasprimento della responsabilità civile dei Magistrati. Ancora, una collettività consapevole della fondamentale utilità del lavoro del Magistrato serve ad allontanare la popolazione dalla tentazione di cercare strade apparentemente più facili da percorrere rispetto al perseguimento della legalità e dei valori indicati dalla Costituzione, così che ad essere isolate dalla società civile siano le mafie e non i magistrati che la combattono[11], fermo restando che la collettività deve comprendere che tutta la Magistratura è al servizio della società e non solo quella parte che combatte la mafia. Infine, la percezione da parte del magistrato che la società civile è con lui è fondamentale per motivarlo, per trovare nuovi stimoli e energie per affrontare l'enorme mole di lavoro e di difficoltà che ogni giorno deve quotidianamente affrontare: non si vive di solo pane e non vi è nulla di male a che il magistrato

[10] La conflittualità tra Magistratura e altri poteri (Stampa, Governo, Parlamento; ma anche avvocati, personale amministrativo) e la diffidenza della società civile nei confronti della Magistratura nel resto dell'Unione Europea sono tendenzialmente molto meno accentuate che da noi e anzi spesso lasciano il posto ad una istintiva e naturale volontà di collaborazione reciproca, tanto che (proprio per i motivi appena detti, oltre che in ragione di una tradizione giuridica meno forte che da noi) le regole sono meno stringenti e una reale ed effettiva separazione dei poteri è spesso meno accentuata che da noi, ma soprattutto ne è meno avvertita l'esigenza (è un po', per fare un esempio, la nota situazione dell'Inghilterra, che "si vanta" di non avere una Costituzione perché non ne ha bisogno, perché ha una solida democrazia da secoli (e non giovane e fragile come la nostra), perché gode di un principio di correttezza di fondo che anima tutti i cittadini e che impedisce naturalmente gli abusi e i conflitti più aspri, tanto che si è potuta permettere di separare il potere legislativo da quello giudiziario solo nel 2009, con il passaggio dei poteri di Corte di ultima istanza dalla *House of Lords* (uno dei due rami del Parlamento) ad una neo-istituita Corte Suprema.

[11] Su questo problema cfr. ad esempio G. MONTI, *Falcone e Borsellino, Dieci anni di solitudine*, Editori riuniti, 2007.

tragga soddisfazione dal proprio lavoro non solo per aver confezionato una sentenza elegante e raffinata ma anche nel sentire nella vita di tutti i giorni l'appoggio, il sostegno, il rispetto e - perché no - anche l'ammirazione della popolazione.

Pertanto, anche in virtù del principio di leale cooperazione (che, lo si è già sottolineato, non è in contrasto con il principio di separazione dei poteri), la Magistratura può e deve far sentire la sua voce, non vincolante ma autorevole, nelle materie concernenti la giustizia e anche sui singoli casi giudiziari, senza lasciare che siano divulgate in maniera imprecisa informazioni fuorvianti quando non anche in maniera artatamente e maliziosamente distorta da giornalisti privi delle necessarie competenze. La più importante occasione in questo senso durante l'anno è la relazione sull'amministrazione della giustizia, incontro che avviene una volta l'anno presso la Corte di Cassazione e le Corti d'Appello e in cui rispettivamente il Primo Presidente della Corte di Cassazione e i Presidenti delle varie Corti d'Appello hanno la possibilità di esporre i problemi e le possibili soluzioni, anche legislative, davanti alle più alte cariche dello Stato nonché all'opinione pubblica, dato che l'evento ha ampia risonanza sui mass-media. In questa occasione il Primo Presidente può anche criticare le scelte legislative e governative (ad esempio evidenziando che non vi è sufficiente personale amministrativo) e suggerire delle possibili soluzioni (ad esempio consigliando di bandire un concorso per l'assunzione di detto personale).

Già oggi la Magistratura ha un'associazione, l'associazione nazionale magistrati, che, tra i suoi poteri, ha il compito di individuare qualsiasi interpretazione dei mass-media scorretta, faziosa, subdola o maliziosa dei suoi provvedimenti o che comunque, evidenziando solo un aspetto della decisione, corra il rischio di far fraintendere all'opinione pubblica la reale portata di una decisione e i motivi che la sorreggono; per di più l'associazione nazionale magistrati può reagire agli attacchi provenienti dalla politica, dai mass-media o dalla società civile in genere convocando una conferenza stampa o inviando agli organi di stampa, tramite il suo ufficio stampa, comunicati contenenti chiarimenti e precisazioni[12].

[12] E' l'Associazione nazionale magistrati l'organo più adatto a svolgere questo ruolo attivo e non solo passivo di difesa, mentre il CSM è un organo di rilevanza costituzionale che svolge funzioni di alta amministrazione, esercitando una discrezionalità squisitamente tecnica, nel rispetto della legge e nell'interesse del buon funzionamento della Giustizia, senza alcuna funzione politica. Il Consiglio Superiore della Magistratura può peraltro intervenire a difendere o singoli magistrati o la Magistratura in genere tutte le volte in cui essi siano attaccati dai politici, dai media o dalla società civile, facendo sentire la sua voce in comunicati ufficiali o discorsi pubblici, del suo Presidente o del suo vice Presidente.

Ma oggi tutto ciò non basta più, urge un cambio di passo, sia nella comunicazione, sia nello stimolo al potere legislativo (nel suggerire riforme che permettano alla giustizia di accelerare) e esecutivo (insistendo ad esempio perché l'organico della magistratura e del personale ausiliario sia ampliato ove necessario e sia sempre al completo, bandendo in anticipo i concorsi rispetto ai vuoti di organico, nella consapevolezza che la spesa per le assunzioni è di gran lunga inferiore rispetto al danno determinato dai suddetti vuoti di organico), perché mai come in questo preciso momento storico di profonda crisi è forte il distacco e la frattura tra la Magistratura e la società civile.

Occorre che i magistrati trovino più spesso il tempo e lo stimolo per sollevare la testa dalle sudate carte e guardarsi intorno per dialogare non solo tra loro ma anche con la società civile, interrogandosi su quali siano gli obiettivi da perseguire e in che modo. Occorre che gli uffici giudiziari si dotino di un ufficio stampa efficiente e reattivo, gestito da magistrati, perché, pur con tutti i suoi inconvenienti in termini di tempo necessario per la sua organizzazione e le difficoltà di divulgare in maniera comprensibile ma al contempo fedele le proprie decisioni, esso è uno strumento essenziale per spiegare alla collettività il lavoro del magistrato, educarla alla legalità e impedire la formazione, dolosa o colposa poco importa, di opinioni false o distorte sulle decisioni del Magistrato[13]. Occorre spiegare alla collettività che la Magistratura è al servizio della società civile, della legalità e della Costituzione, senza sconti per nessuno, né per i potenti né per la Magistratura stessa; occorre spiegare che gli stipendi della Magistratura sono sì alti in astratto in relazione alla media degli stipendi del Paese ma che sicuramente sono proporzionati alla quantità e qualità del suo lavoro come prevede l'art. 36 della Costituzione; occorre spiegare che gli stipendi

[13] In questo senso in Cassazione sono stati fatti molti passi avanti: cfr. G.MAMMONE, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia nell'anno 2019*, pp. 89-90. Qui di seguito si riporta il testo integrale del testo riguardante l'Ufficio stampa: «*l'Ufficio stampa della Corte è diretto da un magistrato del Segretariato generale e si avvale della collaborazione di un consigliere referente per il settore civile, nonché di unità di personale tra cui un funzionario dell'amministrazione iscritto all'albo dei giornalisti. L'Ufficio – che opera secondo le linee guida stabilite dal CSM con la circolare 11 luglio 2018 – ha il compito di assicurare un'informazione corretta sul merito delle iniziative e delle decisioni di maggior rilievo nomofilattico assunte dalla Suprema Corte. Al riguardo, redige comunicati stampa, previamente approvati dal Primo Presidente, tanto sull'attività svolta dal Primo Presidente, dalla Corte e dalle sue diverse articolazioni, quanto sulle decisioni di maggiore rilievo, così garantendo che i media abbiano un corretto accesso alle notizie che attengono all'esercizio della giurisdizione. Presso l'Ufficio stampa vengono inoltre accreditati i giornalisti dei maggiori quotidiani per la consultazione presso la Corte delle sentenze emesse dalle diverse Sezioni civili e penali. L'Ufficio, poi, mediante sinergie con queste ultime, svolge un costante monitoraggio dei processi che possono assumere valenza mediatica, anche al fine di informare tempestivamente l'utenza della trattazione dei relativi ricorsi o delle decisioni. Con particolare riguardo ai procedimenti penali, la possibile rilevanza mediatica della decisione viene segnalata già in sede di spoglio del ricorso, così da consentire una previa valutazione sull'opportunità di demandare al Collegio la redazione di una notizia di decisione che, successivamente filtrata dall'Ufficio stampa, possa essere diramata agli 90 organi di informazione ovvero pubblicata sul sito della Corte tra i comunicati. Attraverso una casella dedicata sul sito della Corte vengono poi pubblicati i comunicati stampa, le news relative all'attività della Corte e dei suoi organi e le principali attività formative e culturali*».

dei magistrati pubblicizzati sui giornali si riferiscono alla retribuzione lorda e non a quella netta e agli stipendi dei magistrati più anziani alti circa tre volte più di quelli dei neomagistrati; occorre spiegare che gli stipendi dei giovani magistrati sono in definitiva modesti se si pensa al tempo non retribuito necessario per vincere il concorso e alle incertezze legate a questo traguardo, alla necessità nella stragrande maggioranza dei casi di lasciare la propria città e la propria famiglia per molti anni, con i conseguenti colossali sacrifici in termini personali ed economici, alla scarsità delle strutture e dei mezzi messi a disposizione dal Ministero, alla circostanza che spesso gran parte del lavoro è svolto a casa; che una scrivania e una stanza della casa devono essere adibiti a studio, che il lavoro è così assorbente che da un lato occorre spendere del denaro per assumere un collaboratore domestico e dall'altro che molto spesso si trascura la famiglia, si sacrificano le ferie e si riduce pressoché a zero il tempo dedicato allo svago, all'approfondimento culturale di qualsiasi cosa e all'aggiornamento professionale.

Occorre fare delle scelte coraggiose, anche se dolorose, nella consapevolezza che spostare l'asse del bilanciamento dei valori a favore della collettività e a discapito del singolo potrebbe sembrare un tornare indietro, un imbarbarimento, il ritorno a un Medio Evo del diritto[14]. Ma chi è che può negare che questo imbarbarimento si è compiuto già oggi di fronte a processi civili che durano spesso più di trent'anni e processi penali che si concludono sempre più spesso con l'assoluzione per prescrizione dell'imputato già condannato in un precedente grado di merito? E chi è che non sarebbe favorevole nel settore civile a garantire a tutti i cittadini un accesso alla Giustizia completamente gratuito e almeno tre gradi di giudizio da completare in non più di un anno e nel settore penale il perseguimento di tutti i reati e lo svolgimento di processi rapidissimi a garanzia della collettività e tempi di prescrizione brevissimi a garanzia del singolo imputato?

Occorre però fare i conti con un arretrato ponderoso, aggravato molto dall'attuale crisi, con un numero enorme di nuovi fascicoli che entrano ogni giorno nei Palazzi di Giustizia e da una forte limitatezza delle risorse: basti solo pensare che in Cassazione non tutti i consiglieri di Cassazione dispongono di una propria scrivania (quindi il problema non è certo quello di non potere avere una stanza tutta per sé, che sarebbe un lusso inconcepibile) di carta per stampare le sentenze e di una assistenza efficiente da parte della cancelleria e dei tecnici del computer.

[14] Sulle difficoltà di compiere un corretto bilanciamento tra diritti del singolo e diritti della collettività mi sia permesso di rinviare a L.DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali della collettività, tra tutela del mercato da parte della Corte di Giustizia e dei diritti fondamentali dell'uomo da parte della Corte di Strasburgo*", in *Riv. dir. comm*., 2018, I, 172.

E allora, restando nell'esempio della Cassazione, nonostante l'enorme arretrato tuttora pendente, appare più che mai anacronistico che ancora oggi chiunque possa accedervi quand'anche non siano in gioco diritti fondamentali ma una semplice somma di denaro e pure nell'ipotesi in cui tale somma controversa sia davvero esigua (non è infrequente che si affrontino ricorsi, specie in materia tributaria, ove la somma in gioco sia inferiore ai 100 euro), mediante il pagamento di una somma davvero modesta per le spese di giustizia.

Non si vuole certo negare che la possibilità per tutti di accedere alla Cassazione, oltre a rappresentare una grandissima conquista costituisce altresì una notevole garanzia per il cittadino, anche perché si è giudicati da un unico e unitario ufficio giudiziario (onde è legittimo aspettarsi una certa uniformità di giudizio), formato da magistrati particolarmente qualificati e di esperienza. Tale diritto di accesso alla Corte di Cassazione è del resto conforme al dettato costituzionale, in quanto l'art. 111, comma 7, Cost., stabilisce che contro le sentenze pronunciate dagli organi giurisdizionali, ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Non può non evidenziarsi inoltre che tale previsione è conforme al dettato di cui all'art. 24 Cost., secondo cui da un lato "*tutti*" (quindi non solo il cittadino ma anche lo straniero) "*possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*" (quindi senza alcuna distinzione relativa all'ammontare della somma controversa) e dall'altro "*la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*". Occorre altresì evidenziare che il diritto di difesa (da intendersi anche nella diversa accezione di diritto ad agire in giudizio) costituisce, secondo la Corte costituzionale, un diritto "inviolabile e quindi fondamentale" (cfr. Corte cost., sentenza n. 114 del 2018): tale diritto dunque, nella gerarchia dei valori tracciata negli anni dalla Consulta, occupa il vertice e costituisce quindi un limite anche per eventuali disposizioni in senso contrario dell'Unione Europea (in questo senso la giurisprudenza della Consulta è costante fin dalla sentenza n. 170 del 1984).

Tuttavia non può nascondersi che questa garanzia di accesso indiscriminato in Cassazione, questo diritto fondamentale del singolo di poter chiedere sempre e incondizionatamente Giustizia ha dei costi - non solo economici - assai notevoli, che oggi l'Italia non sembra potersi permettere e si scontra inoltre con il diritto, altrettanto fondamentale, della collettività all'efficienza della Giustizia in genere e ad una ragionevole durata dei processi (art. 111 Cost. e 6 CEDU). L'efficienza e la rapidità ella Giustizia costituiscono ormai non più solo un diritto del singolo ma anche della

collettività[15] e per questa ambivalenza di questo diritto va trovata una sintesi in una soluzione di compromesso che inevitabilmente dovrà portare a dei sacrifici non solo della collettività ma anche del singolo.

I ritardi della Giustizia, ai quali contribuisce in maniera ormai insopportabile la necessità di trattare anche le cause di modestissimo valore (anche per esse infatti decide un Collegio formato da cinque magistrati e anche per esse non è esclusa la possibilità che la decisione della Corte "cassi con rinvio" la pronuncia impugnata, ossia non metta la parola fine al processo ma rimetta la palla all'Ufficio giudiziario che ha emesso la suddetta pronuncia), si ripercuotono inevitabilmente e indistintamente su tutti i cittadini (che spesso, scoraggiati dall'idea di dover attendere lungamente per ottenere Giustizia, rinunciano a far valere in sede giudiziale i propri diritti), sugli altri processi (i cui tempi inevitabilmente si allungano) e in particolare sul rischio di prescrizione dei reati (per trattare i procedimenti civili per importi di modesta entità occorre sottrarre risorse dai giudizi penali, con il conseguente crearsi di un circolo vizioso per cui l'allungarsi dei tempi della giustizia penale incoraggia le strategie basate sul tentativo di arrivare alla prescrizione percorrendo tutti i gradi di giudizio e rinunciando ai più snelli riti alternativi), sui conti pubblici (perché l'allungarsi della durata dei processi determina un aumento delle cause per ottenere l'equo indennizzo di cui alla legge Pinto n. 89 del 2001) sull'affidabilità e sull'immagine del sistema Italia e quindi sulla sua competitività e sulla sua appetibilità per i potenziali investitori esteri.

Non può inoltre trascurarsi che il giudice di Cassazione è oggi sollecitato a scrivere un gran numero di pronunce che, anche se spesso hanno la forma di ordinanza e recano la dizione "motivazione semplificata", devono comunque: dare conto dell'iter logico giuridico seguito dal Collegio per pervenire alla decisione, ricostruire la fattispecie concreta, individuare la regola *iuris* astratta e spiegare per quale ragione quella fattispecie possa essere ricondotta a quella regola *iuris*. Deve infine rilevarsi che la modestia della somma contesa è una variabile del tutto indipendente rispetto sia alla difficoltà del problema giuridico sotteso sia alla ricostruzione del fatto, cosicché ben può essere che il pervenire ad una decisione e la redazione del relativo provvedimento determinino un notevole dispendio di energie da parte dei giudici, inevitabilmente sottratte ad altre attività.

[15] Così, ad esempio, a proposito del diritto fondamentale alla salute di cui all'art. 32 Cost., la sentenza n. 107 del 2012, in tema di vaccinazioni, ha affermato che la salute è al contempo un diritto fondamentale dell'individuo (lato «individuale e soggettivo») e un interesse della intera collettività (lato «sociale e oggettivo»).Cfr. anche la sentenza n. 307 del 1990: la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri.

È giocoforza poi che il maggior numero di provvedimenti redatti porti con sé uno scadimento della qualità dei provvedimenti stessi (con conseguente maggiore difficoltà per l'interprete di individuare il principio di diritto e la *ratio* della decisione); inoltre, l'enorme numero di pronunce di una Suprema Corte rende di fatto impossibile conoscerle tutte, con il conseguente rischio concreto di inconsapevoli contrasti tra pronunce e l'indebolimento della funzione nomofilattica della Corte, il che incide altresì su un valore cardine del nostro ordinamento, che è quello già ricordato della certezza del diritto (che costituisce espressione del principio fondamentale di cui all'art. 3 Cost.: cfr. Corte cost. n. 219 del 2013).

L'indebolimento della funzione nomofilattica della Cassazione costituisce poi un altro motivo dell'incremento dei ricorsi in Cassazione, perché l'incertezza del diritto incoraggia i potenziali ricorrenti in Cassazione ad adire la Corte, nella consapevolezza di non poter escludere di avere delle *chances* di successo.

Non può infine trascurarsi che l'enorme mole di provvedimenti da redigere limita inevitabilmente la possibilità per i consiglieri di studiare, di approfondire le questioni, di aggiornarsi, di recarsi ai convegni, di confrontarsi, di discutere in camera di consiglio.

Infine non deve dimenticarsi il nostro Legislatore sempre più schizzofrenico, che non solo redige un enorme numero di leggi in maniera spesso maldestra e caotica e le modifica equivocamente, ma spesso si contraddice, si esprime in maniera inutilmente complessa e sibillina, rendendo faticoso e opinabile il lavoro di interpretazione, creando seri problemi di diritto intertemporale e incidendo notevolmente sulla certezza del diritto.

Si propose dunque l'introduzione – con una molteplicità di argomentazioni qui sommariamente riassunte – di una soglia di valore, per le controversie aventi ad oggetto beni di natura meramente patrimoniale e per le quali siano stati già percorsi già due gradi di giudizio, sotto la quale non possa accedersi in Cassazione[16]; in alternativa occorrerebbe innalzare le spese di Giustizia per scoraggiare ricorsi in Cassazione per somme di modesta entità oppure circoscrivere ulteriormente i motivi di ricorso per Cassazione diversi dal n. 3 (violazione di legge) dell'art. 360 c.p.c., dato che secondo la Costituzione contro le sentenze pronunciate dagli organi giurisdizionali è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge e non anche per altri motivi.

Tale rimedio, pur incidendo sul diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e sul precetto di cui all'art. 111, comma 7, della Costituzione, troverebbe però un supporto nell'art. 2 Cost. (principio di

[16] L. DELLI PRISCOLI, *Controversie di modesto valore e accesso in Cassazione*", in *Foro it*., 2018, V, 342.

solidarietà), 3 Cost. (ragionevolezza) e 111 Cost. (giusto processo in tempi ragionevoli), finendo in definitiva per portare benefici all'effettività dello stesso diritto del singolo di agire in giudizio, perché poter accedere sempre in Cassazione però solo un lungo numero di anni costituisce un ossequio solo formale al principio costituzionale, il cui reale dettato è invece, già oggi, tradito. Non ci si può infatti trincerare per negare questa conclusione, dietro il dettato letterale dell'art. 111, comma 7, Cost. secondo cui, come ricordato, contro le sentenze pronunciate dagli organi giurisdizionali è *sempre* ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge perché questo diritto fondamentale trova (purtroppo) un limite negli altri valori costituzionali e perché allora, seguendo questo ragionamento, occorrerebbe anche, laddove l'art. 4 Cost. stabilisce che la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro, trovare a tutti un lavoro e permettere a tutti di lavorare anche in un periodo come questo in cui molte attività sono forzatamente chiuse. Tutto questo non vuol dire una regressione , uno scadimento dell'art. 111, comma 7, Cost. da norma immediatamente precettiva a norma meramente programmatica ma solo che – lo si ribadisce – anche tale principio entra in bilanciamento con altri valori. In effetti, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, anche i diritti fondamentali, compreso quello ad agire in giudizio, sono suscettibili di essere bilanciati con altri diritti e da essi compressi (cfr. sentenza n. 135 del 2018), purché sia salvaguardato il loro nucleo essenziale: ora è evidente che il diritto di difesa non potrebbe dirsi compromesso nel suo nocciolo duro qualora si impedisse, per piccoli importi, non di agire in giudizio ma soltanto di accedere alla Cassazione; in altre parole il "nocciolo duro" del diritto di difesa è costituito dal diritto di agire a tutela dei diritti fondamentali, non anche di agire *tout court*.

Oggi più che mai la Magistratura non può permettersi di isolarsi dalla società civile, dall'opinione pubblica, dal "comune sentire", anche perché i cittadini contribuiscono a dar vita alla cd. "coscienza sociale"[17] e al "diritto vivente" [18], ai quali la Cassazione si ispira nell'interpretare le sue norme e soprattutto la Costituzione. È pertanto altresì dovere della Magistratura ascoltare tutte le opinioni e tutte le critiche provenienti dalla società civile e dai mass-media, ed eventualmente

[17] Su tale concetto cfr. ad esempio Cass. 23 maggio 2019, n. 14603; Cass. 14 luglio 2015, n. 14645.

[18] Cass. pen. sez. 1, n. 10739 del 25 maggio 2015, secondo cui oltre alla legge e alla giurisprudenza, anche la P.A., a mezzo della cd. interpretazione amministrativa di cui sono espressione circolari, risoluzioni o singoli provvedimenti - sia pure non vincolanti per i cittadini e il giudice, né costituenti fonte di diritto -, nonché i singoli individui, con i loro atti giuridicamente rilevanti, influiscono sul diritto vivente, così contribuendo a determinarlo; analogamente Cass. 19 gennaio 2020, n. 1119.

tenerne conto e recepirle nelle future decisioni, tutte le volte in cui esse siano ritenute ragionevoli e conformi a Costituzione.

La concreta possibilità e l'effettiva capacità di reagire della Magistratura danno altresì la misura della sua reale indipendenza: una Magistratura che non sa o non vuole reagire contro gli attacchi che le porta un altro potere mostra infatti inevitabilmente la sua debolezza, la sua permeabilità al potere politico o mediatico, la sua incapacità di costituire un sicuro punto di riferimento per i cittadini nella tutela dei diritti fondamentali.

E soprattutto, anche per prevenire questi attacchi, la Magistratura deve prendere l'iniziativa e la responsabilità di farsi parte attiva nel suggerire e proporre la soluzioni ai problemi, ascoltando senza preconcetti i suggerimenti della società civile e filtrandoli attraverso il setaccio della Costituzione e della propria professionalità.

Diceva Pietro Calamandrei agli studenti di Milano: «*la Costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé. La Costituzione è un pezzo di carta: la lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna rimetterci ogni giorno il combustibile, bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità. Per questo una delle offese che si fanno alla Costituzione è l'indifferenza alla politica…. La politica non è una piacevole cosa. Però la libertà è come l'aria: ci si accorge di quanto vale quando comincia a mancare, quando si sente quel senso di asfissia che gli uomini della mia generazione hanno sentito per vent'anni, e che io auguro a voi di non sentire mai, e vi auguro di non trovarvi mai a sentire questo senso di angoscia, in quanto vi auguro di riuscire a creare voi le condizioni perché questo senso di angoscia non lo dobbiate provare mai, ricordandovi che sulla libertà bisogna vigilare, dando il proprio contributo alla vita politica*[19]».

[19] Cfr. P. CALAMANDREI, *Discorso sulla Costituzione agli studenti di Milano del 26 gennaio 1955*, scuola di Pitagora editrice, Napoli, 2011, 6-7.

Francesca Picardi

La giustizia nella seconda fase dell'emergenza sanitaria

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La situazione attuale. 3. Proposte per la giustizia civile. 4. Proposte per la giustizia penale. 5.Conclusioni.

1. Premessa

La pandemia che ha colpito il mondo sta imponendo un nuovo modo di vivere, estraneo alle nostre pregresse abitudini.

La repentinità con cui l'emergenza sanitaria si è manifestata ci ha colti impreparati sicché l'unica reazione possibile, nell'immediato, è stata quella di fermarci e sospendere quasi tutte le nostre attività, in modo da realizzare quel distanziamento sociale che, allo stato attuale, è l'unica misura idonea a bloccare o, quantomeno, a rallentare il contagio.

Tuttavia, per quanto possa atterrirci il pensiero, questa situazione durerà per un periodo lungo e, comunque, indeterminato, visto che non possiamo sapere se ed in quanto tempo saranno individuati una cura efficace e/o un vaccino o saranno sviluppate adeguate difese immunitarie da parte della collettività, per cui è del tutto incerto quando potremo tornare a vivere come prima, affollando quelli che erano i luoghi della nostra quotidianità ed in particolare i nostri palazzi di giustizia.

Occorre, dunque, prepararsi all'estate ed all'autunno, in tempi rapidi, cercando di capire, con concretezza e senso pratico, come riprendere lo svolgimento dell'attività giudiziaria in queste condizioni. Il raggiungimento di tale obiettivo è necessario perché la giustizia è uno dei servizi essenziali che lo Stato offre, fondamentale per risolvere, in modo civile e senza violenza, i conflitti derivanti dalla convivenza sociale e per rendere effettivi i diritti e le libertà, oggi acquisiti, ma sempre precari e destinati a vacillare e scomparire senza un'adeguata tutela[1].

Inoltre, per noi magistrati e, più in generale, per tutti gli operatori giuridici la ripresa dell'attività giudiziaria è indispensabile per conservare la nostra dignità professionale e sociale.

Pertanto, queste brevi riflessioni non mirano ad analizzare la disciplina introdotta con i d.l. n. 11, 18 e 23 del 2020, ma rappresentano solo il tentativo di sollecitare un dibattito, finalizzato ad elaborare, in base alla concreta esperienza giudiziaria, suggerimenti nei confronti della classe politica, alla quale spetta il compito di risolvere, con urgenza, il problema dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali in tempo di Coronavirus.

[1]Così Anche G.CIVININI, La giustizia in quarantena, in Questione giustizia, "Non c'è civiltà senza giustizia. Non c'è democrazia senza giustizia".

Invero, occorre subito evidenziare che l'attività giudiziaria non può essere completamente informatizzata e svolta da remoto, in quanto, in alcune fasi, da un lato, coinvolge una pluralità di persone, alcune delle quali (come, ad esempio, le parti, gli imputati, i testimoni) estranee al sistema e, quindi, non facilmente inseribili nel lavoro in rete, e, dall'altro lato, richiede, al fine di assicurare la genuinità e veridicità delle attività svolte, le garanzie del contatto sociale[2].

A ciò si aggiunga che il lodevole tentativo di aumentare la digitalizzazione del processo civile o penale deve confrontarsi con la precarietà e problematicità del momento attuale.

In definitiva, è forse più proficuo individuare obiettivi poco ambiziosi, ma concretamente ed immediatamente realizzabili senza stravolgimenti e in modo compatibile con la necessità del distanziamento sociale.

Quale possibile punto di partenza si può fare riferimento a ciò che è avvenuto relativamente alla giustizia amministrativa, che, allo stato attuale, è l'unico settore della giurisdizione[3] che riprenderà il suo corso dal 16 aprile 2020, in quanto l'art. 84 del d.l. n. 18 del 2020 prevede, ai commi 5 e 6, che, successivamente al 15 aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati[4], con facoltà delle parti di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione[5], e che il giudice delibera in camera di consiglio, se

[2]Probabilmente tale ultima esigenza, ancora più avvertita nel settore penale, spiega che, allo stato attuale, il legislatore abbia limitato al solo settore civile la possibilità di prevedere lo svolgimento delle udienze che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia.

[3]La giurisdizione tributaria e militare sono, difatti, soggette alla disciplina di cui all'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020, nei limiti della compatibilità con i relativi processi. Per quanto concerne, invece, la giurisdizione contabile, per la quale si è cercato di adottare, con il comma 5 dell'art. 85 del d.l. n. 18 del 2020, una soluzione analoga a quella prevista per la giustizia amministrativa, sebbene limitatamente alle controversie pensionistiche fissate per la trattazione innanzi al giudice monocratico, il termine inziale fissato per il 16 aprile 2020 è slittato al 12 maggio 2020.

[4]E' fatta salva la possibilità, omesso ogni avviso, di definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare, ai sensi dell'articolo 60 del c.p.a., che stabilisce che, in sede di decisione della domanda cautelare, purché siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione, omesso ogni avviso.

[5]Del resto, questa stessa modalità procedurale era stata introdotta già per la prima fase di gestione dell'emergenza, seppure condizionata alla istanza congiunta delle parti. Difatti, l'art. 84, comma 2, d.l. n. 18 del 2020 stabilisce che, in deroga a quanto previsto dal comma 1, dal 6 aprile al 15 aprile 2020 le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, se ne fanno congiuntamente richiesta tutte le parti costituite entro il termine perentorio di due giorni liberi prima dell'udienza. Va, invece, sottolineato che è stata eliminata la facoltà, attribuita originariamente dall'art. 3, comma 4, del d.l. n. 11 del 2020 a tutte le parti, di chiedere la discussione in udienza camerale o in udienza pubblica,

necessario avvalendosi di collegamenti da remoto, considerato il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto alla camera di consiglio a tutti gli effetti di legge[6].

Il processo amministrativo presenta delle insuperabili differenze con quello civile e penale, essendo collegato ad un contenzioso di carattere fondamentalmente documentale, sicché non è certo possibile esportare questo modello nella giustizia ordinaria. Né può sottovalutarsi il completo livello di digitalizzazione della giustizia amministrativa, resa possibile anche dai numeri più esigui[7].

Tuttavia, l'art. 84 del d.l. n. 18 del 2020 ci consente di capire quello che sicuramente possiamo fare, con immediatezza, anche nel processo civile e penale e, cioè, selezionare i processi che sono già maturi per la decisione, in cui le istruttorie sono già state completate, e deciderli, attenuando, in questo periodo di drammatica emergenza, il principio di oralità, tramite la provvisoria sostituzione del modello orale di discussione con quello scritto, laddove ciò non comporti la compressione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio.

In pratica, il Coronavirus può diventare l'occasione per smaltire, almeno in parte, l'arretrato.

2. La necessità di traghettare la giustizia ordinaria dalla prima alla seconda fase dell'emergenza sanitaria.

Come noto, con l'art. 1 del d.l. 8 marzo 2020, n. 11, il legislatore ha imposto il rinvio d'ufficio di tutte le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari, fissate tra il 9 marzo ed il 22 marzo 2020, a data successiva, salve limitatissime eccezioni, e contemporaneamente, con il successivo art. 2 ha investito i capi degli uffici giudiziari dell'adozione, previa consultazione con le autorità sanitarie e coi rappresentanti della classe forense, dei provvedimenti organizzativi necessari a consentire la trattazione degli affari giudiziari senza assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e senza contatti ravvicinati tra le persone[8],

con apposita istanza da notificare alle altre parti costituite e da depositare almeno due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione, in questo modo impedendo la trasformazione della discussione orale in scritta.

[6]Le differenti soluzioni adottate per il processo amministrativo rispetto agli altri settori della giustizia sono state sottolineate anche da A.SCARCELLA, Come l'informatica giudiziaria aiuta al tempo del Coronavirus: una prima lettura delle disposizioni del d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

[7]Si può rinviare in proposito al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 40 del 16 febbraio 2016, n. 40.

[8]Provvedimenti che, come specificato al comma 2 di tale disposizione, possono prevedere: a) la limitazione dell'accesso del pubblico agli uffici giudiziari, garantendo comunque l'accesso alle persone che debbono svolgervi attività urgenti; b) la limitazione, sentito il dirigente amministrativo, dell'orario di apertura al pubblico degli uffici anche in deroga a quanto disposto dall'articolo 162 della legge 23 ottobre 1960, n. 1196, ovvero, in via residuale e solo per gli uffici che non erogano servizi urgenti, la chiusura al pubblico; c) la regolamentazione dell'accesso ai servizi, previa prenotazione, anche tramite mezzi di comunicazione telefonica o telematica, curando che la convocazione degli utenti

attribuendo agli stessi anche il potere di adottare linee guida vincolanti per la fissazione e trattazione delle udienze e/o di rinviare le udienze, salve limitatissime eccezioni, a data successiva al 31 maggio 2020.

Pochi giorni dopo, con il d.l. n. 18 del 2020, queste disposizioni sono state sostituite con nuove previsioni che fondamentalmente hanno allungato sino al 15 aprile 2020 questo periodo di semi-paralisi dell'attività giudiziaria e individuato nel 30 giugno 2020 (in luogo del 31 maggio 2020) la data oltre la quale i dirigenti possono rinviare, salve limitatissime eccezioni, le udienze nei procedimenti civili e penali.

Il nuovo d.l. n. 23 procrastina questa situazione sino all'11 maggio 2020.

L'eccezionalità della situazione rende certamente arduo un intervento del legislatore rapido ed efficace.

Tuttavia non appare più sostenibile un continuo slittamento del termine della ripresa dell'attività giudiziaria, che finisce con il vanificare ogni sforzo organizzativo, rendendo inutili le fissazioni (*medio tempore* intervenute) delle udienze o di eventuali termini nei giorni successivamente travolti dalla rinnovata proroga della sospensione, e conseguentemente comportando un dispendio inutile di risorse e di energie, insopportabile in un periodo storico così doloroso.

Inoltre, sebbene sia indispensabile rimettere alla discrezionalità dei dirigenti dei singoli uffici giudiziari l'adozione di misure organizzative idonee ad evitare assembramenti e contatti ravvicinati tra le persone, in quanto l'individuazione di soluzioni efficaci dipende dalla quantità e dalla grandezza dei locali disponibili e dal conseguente calcolo del numero di persone che possono accedere contemporaneamente, con le prescritte distanze e senza pericolo, in un determinato palazzo di giustizia, l'attuale delega in bianco conferita ai presidenti, nonché la natura vincolante delle linee guida che gli stessi possono adottare ex art. 83, comma 7, lett. d), del d.l. n. 18 del 2020, rischiano di violare l'art. 3 Cost., atteso che il livello di tutela giudiziaria è rimesso, senza alcuna

sia scaglionata per orari fissi, nonché l'adozione di ogni misura ritenuta necessaria per evitare forme di assembramento; d) l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze; e) la celebrazione a porte chiuse, ai sensi dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale, di tutte le udienze penali pubbliche o di singole udienze e, ai sensi dell'articolo 128 del codice di procedura civile, delle udienze civili pubbliche; f) la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia; g) la previsione del rinvio delle udienze a data successiva al 31 maggio 2020 nei procedimenti civili e penali, salve limitatissime eccezioni; h) lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice.

uniformità, alle loro decisioni, oltre che il precetto di cui all'art. 101, secondo comma, Cost., ai sensi del quale "i giudici sono soggetti soltanto alla legge", in una materia che, come chiarito dall'art. 117, secondo comma, lett. l) Cost., proprio in considerazione della sua centralità, appartiene alla legislazione esclusiva statale.

Né potrebbe biasimarsi una ferma opposizione della classe forense al passaggio dalla prima alla seconda fase dell'emergenza nel settore giustizia, risultando del tutto comprensibile la resistenza all'introduzione di una miriade di sub-riti, diversificati per ogni ufficio giudiziario.

Risulta, dunque, indispensabile individuare un nuovo percorso ed in primo luogo selezionare quelle attività che possono essere svolte in modo uniforme, senza pericolo per la salute, in tutti gli uffici giudiziari dell'intero territorio italiano.

Invero, considerata la necessità di limitare, quanto più possibile, l'accesso delle persone negli uffici giudiziari, da un lato, si potrebbe tendenzialmente escludere nei prossimi mesi lo svolgimento di quelle udienze che richiedono la presenza indispensabile di parti, testimoni, consulenti, periti (udienze da rinviare in blocco a date in cui è realisticamente prevedibile il superamento della pandemia e del rischio di contagio), e, dall'altro lato, si potrebbero trasformare, seguendo il modello del processo amministrativo, quelle udienze che richiedono esclusivamente la presenza dei difensori, in trattazioni scritte, con scambio di memorie.

Tale impostazione, sebbene drastica, consentirebbe di svuotare gli uffici dal pubblico e renderebbe possibile, grazie all'adozione di idonei provvedimenti organizzativi da parte dei dirigenti[9], la celebrazione di tutte le udienze - anche quelle che coinvolgono le parti, i testi, i consulenti, i periti - relativamente ai processi che, per la materia ed i diritti coinvolti, siano qualificati dalla legge come non procrastinabili o, per la specificità del caso e su istanza di parte, siano qualificati come urgenti dall'organo giudicante.

Di tale periodo di emergenza dovrebbe essere esclusa la rilevanza ai fini della l. n. 89 del 2001, come, peraltro, già previsto dall'art. 83, comma 10, del d.l. n. 18 del 2000 e tendenzialmente dovrebbero essere sospesi i termini di prescrizione e decadenza, tenuto conto che, anche relativamente alle attività non sospese, le misure restrittive rendono alquanto complicato l'espletamento di tutte le attività, sia di quelle di difesa sia di quelle di indagine.

[9]Oltre le misure già indicate dal citato art. 83, ad esempio, la previsione di un numero massimo di processi da fissare ogni giorno e ad orari scaglionati in tutto l'ufficio e da parte di ciascun giudice; l'assegnazione a ciascun magistrato o collegio di giorni alternati in cui svolgere le udienze.

3. Proposte per la giustizia civile.

In particolare, nelle controversie civili, sarebbe possibile, in deroga alla disciplina vigente, sostituire provvisoriamente l'udienza di precisazione delle conclusioni con lo scambio di un foglio di conclusioni entro un breve termine anteriore alla data originariamente fissata per l'udienza, che resterebbe, comunque, il punto di riferimento per i termini già previsti dalla legge per le conclusionali, le repliche e per il deposito della sentenza. Inoltre, in primo grado, laddove siano già stati assegnati i termini ex art. 183, sesto comma, c.p.c., si potrebbe prevedere, in deroga alla disciplina vigente, che il giudice provveda sulle richieste istruttorie, senza celebrare l'udienza, attribuendo alle parti la facoltà di depositare un'eventuale nota entro un breve termine anteriore alla data originariamente fissata per l'udienza, che resterebbe, comunque, il punto di riferimento anche per il termine di deposito del provvedimento. Lo stesso meccanismo della sostituzione di note scritte all'udienza potrebbe essere adottato per ogni udienza fissata per l'assunzione di una decisione (ad esempio, per le udienze fissate per la decisione dei procedimenti sommari di cognizione ex art. 702-bis c.p.c. o per quelle delle controversie locatizie o, ancora, per quelle fissate ai sensi dell'art. 281-sexies c.p.c.). Peraltro, tenuto conto del ridotto impegno per le istruttorie e le udienze di trattazione, ogni magistrato potrebbe anticipare le precisazioni delle conclusioni - soprattutto se fissate in date assai lontane - con provvedimento fuori udienza da comunicare in via telematica, assegnando un termine per il deposito telematico delle note di conclusioni, delle conclusioni e delle repliche nel rispetto dei vincoli temporali fissati dall'art. 190 c.p.c. o dal legislatore dell'emergenza. Allo stesso modo, la conoscenza del proprio ruolo consentirebbe ad ogni magistrato di organizzare il proprio lavoro, cercando di decidere tutte le cause già mature, per potere dedicare in futuro, quando la vita sarà tornata al suo corso normale, più tempo alle trattazioni, alle istruttorie ed ai tentativi di conciliazione[10].

Lo svolgimento di tali attività non comporterebbe, difatti, l'affluenza dei difensori negli uffici giudiziari, stante l'obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali, previsto dall'art. 16-bis, comma 1, d.l. n. 179 del 2012, convertito in l. n. 221 del 2012, ai sensi del quale, salvo quanto previsto dal comma 5, a decorrere dal 30 giugno 2014 nei procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione, innanzi al tribunale, il deposito degli atti processuali e dei documenti da parte dei difensori delle parti precedentemente costituite ha luogo esclusivamente con modalità

[10]Né appare insormontabile, per quanto concerne i giudici onorari, il problema di adeguare all'eliminazione dell'udienza il regime del compenso, che potrebbe essere rapportato alle originarie udienze cui sono collegati i provvedimenti assunti, come sembra già suggerito dal C.S.M. nelle sue linee guida.

telematiche, nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici[11].

Al massimo, il difensore può avere l'esigenza di visionare il fascicolo di ufficio o della controparte o di ritirare il proprio fascicolo per la redazione delle comparse conclusionali (fascicoli che non necessariamente sono interamente telematici, atteso che, anche per i procedimenti successivi al 2014, alcuni atti – in particolare quelli introduttivi e i documenti allegati – potrebbero essere solo in formato cartaceo). Si tratta, tuttavia, di accessi limitati, che possono essere programmati tramite appuntamento in modo da evitare l'affollamento degli ambienti.

A questo punto, tenuto conto della diminuzione del pubblico, la presenza dei magistrati (per visionare i fascicoli o redigere/depositare i provvedimenti) e del personale di cancelleria (per assicurare l'espletamento dei relativi servizi) – così come lo svolgimento delle udienze relative ai processi individuati dal legislatore come non procrastinabili - può essere organizzato dal dirigente con le dovute cautele.

Per quanto concerne l'introduzione di nuovi procedimenti, occorre valutare, da un lato, che le notifiche di citazioni e ricorsi comportano la movimentazione di persone, attesa l'impossibilità di utilizzare strumenti telematici nei confronti di tutti i convenuti-tipo di un processo ordinario (che possono essere privati non muniti di p.e.c.), e, dall'altro lato, che gli incontri tra i legali e le parti e la preparazione della documentazione essenziale, attività indispensabili per l'elaborazione delle strategie difensive, può risultare alquanto problematica - sia per l'attore sia per il convenuto - in considerazione delle misure restrittive che limitano gli spostamenti[12]. In tale contesto, un adeguato compromesso potrebbe essere costituito dalla previsione di una generale sospensione dei termini di prescrizione e decadenza e di impugnazione, come già previsto per la prima fase dell'emergenza

[11]Peraltro, l'art. 83, comma 11, del d.l. n. 18 del 2020 ha esteso l'obbligo del deposito telematico anche agli atti introduttivi della causa, stabilendo che dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, negli uffici che hanno la disponibilità del servizio di deposito telematico, anche gli atti e documenti di cui all'articolo 16-bis, comma 1-bis, del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, sono depositati esclusivamente con le modalità previste dal comma 1 del medesimo articolo e che gli obblighi di pagamento del contributo unificato di cui all'articolo 14 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, nonché l'anticipazione forfettaria di cui all'articolo 30 del medesimo decreto, connessi al deposito degli atti con le modalità previste dal periodo precedente, sono assolti con sistemi telematici di pagamento anche tramite la piattaforma tecnologica di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

[12]Il processo amministrativo risente in misura minore di tali difficoltà, in quanto il convenuto è, di regola, la pubblica amministrazione, che è un soggetto nei cui confronti è sempre possibile la notifica telematica e che, in linea di massima, dispone di tutta la documentazione strumentale alla propria difesa. La tutela del privato di fronte ad un atto illegittimo sembra, però, richiedere la sospensione del termine di decadenza per la sua impugnazione, tenuto conto degli obiettivi ostacoli del momento, anche in un'ottica di parità di trattamento rispetto al soggetto pubblico, essendo stati sospesi dall'art. 103 del d.l. n. 18 del 2020 i termini dei procedimenti amministrativi.

dall'art. 83, comma 2, del d.l. n. 18 del 2020, in modo da attribuire alla parte la facoltà di differire la proposizione di una nuova causa, lasciandone ferma la possibilità, secondo il meccanismo telematico già prefigurato dall'art. 83, comma 10, del d.l. n. 18 del 2020. La trattazione dei nuovi procedimenti dovrà, però, essere fissata ad una data successiva a quella del previsto ritorno alla normalità, salva la declaratoria di urgenza o la riconducibilità del procedimento alle categorie già individuate dal legislatore come non procrastinabili: in questo modo, da un lato, si tutelano i convenuti, che potrebbero incontrare difficoltà nella costituzione, e, dall'altro, si consente la programmazione ed organizzazione delle attività di trattazione.

Nelle controversie in materia di lavoro e previdenza, ugualmente, sarebbe possibile sostituire, in via provvisoria, l'udienza per la discussione (ivi compreso il meccanismo della lettura del dispositivo in udienza) con la trattazione scritta, attribuendo alle parti la facoltà di depositare le conclusioni ed eventuali repliche entro un breve termine anteriore alla data originariamente fissata per l'udienza. L'anticipazione delle udienze, strumentale a smaltire l'arretrato e liberare il ruolo per dedicare in futuro più tempo alle istruttorie, potrebbe operare anche in tale settore, in cui, peraltro, laddove le parti rinuncino alla comparizione personale, si potrebbe prevedere l'ammissione delle istanze istruttorie, sostituendo la trattazione orale con quella scritta.

Nel giudizio di appello, la sostituzione dell'udienza con la trattazione scritta consentirebbe la piena ripresa del lavoro. Ai dirigenti resterebbe il compito di programmare le udienze in ufficio in modo da assicurare, in considerazione delle dimensioni dell'edificio e delle aule e del numero delle sezioni, un livello sostenibile di presenze in ciascun giorno ed orario. Gli strumenti informatici - quali Microsoft-Teams – potrebbero essere utilizzati per pianificare le cd. pre-camere di consiglio, a cui già si ricorreva in passato, onde limitare al minimo la permanenza in ufficio.

Per il giudizio di legittimità, occorre confrontarsi con alcune peculiarità, che rendono più complicata l'individuazione di valide soluzioni organizzative.

In primo luogo, i giudici e gli avvocati coinvolti nei procedimenti dinanzi alla Suprema Corte provengono da tutta l'Italia e, quindi, la loro presenza richiede spostamenti che sono, in questo momento, problematici. Inoltre, il fascicolo del relativo giudizio non è informatizzato e sinora i giudici ne hanno sempre ritirato le copie in ufficio, unico luogo ove, peraltro, è possibile consultare il fascicolo nella sua completezza e eventualmente, ove necessario ai fini della decisione, i fascicoli di primo e secondo grado, che devono, peraltro, essere spediti dagli uffici di merito. A ciò si aggiunga, infine, che, allo stato attuale, non è consentito dalla legge il deposito telematico degli atti

in Cassazione: problematica a cui il Primo Presidente ha cercato di porre rimedio, nel suo provvedimento organizzativo del 31 marzo 2020, stabilendo che, per i ricorsi da trattare fino al 30 giugno 2020, i difensori, utilizzando esclusivamente l'indirizzo elettronico presente nel Re.G.Ind.E., possono far pervenire motivi aggiunti e memorie a mezzo posta elettronica certificata agli indirizzi indicati, comunicandoli contestualmente e con lo stesso mezzo alla controparte, secondo le modalità tecniche da individuare. Si tratta di una soluzione provvisoria e sperimentale, che, comunque, non esclude il deposito ordinario da eseguirsi direttamente al Palazzaccio[13].

Tenuto conto di tutti questi limiti, si può solo rilevare che nei procedimenti soggetti al rito camerale non è prevista la presenza dei difensori. In modo del tutto ragionevole, quindi, il Primo Presidente ha cercato di programmare lo smaltimento di tali cause, che sono numericamente più consistenti, rinviando ad un momento successivo la decisione di quelle a trattazione pubblica, salve le eccezioni previste dal legislatore, che potrebbero *de iure condendo* essere trasformate, in deroga alla disciplina ordinaria, in udienze a trattazione scritta.

Tuttavia, immaginare che il lavoro possa improvvisamente trasformarsi in telematico sembra utopistico. Occorrerebbe realizzare la completa informatizzazione dei fascicoli di tutti i gradi di giudizio: obiettivo non concretamente perseguibile nel breve periodo ed in una situazione drammatica per il Paese. A ciò si aggiunga che la spedizione dei fascicoletti cartacei a mezzo posta, da un lato, potrebbe essere soggetta a inconvenienti, quali il mancato recapito in tempo utile o lo smarrimento, e, dall'altro, non escluderebbe la eventuale necessità della consultazione degli atti in ufficio. Né, in tale frangente, è possibile sovraccaricare di lavoro il personale di cancelleria, che pure è costretto a turnazioni alternate per rispettare le necessarie cautele.

Ad ogni modo, una volta differite in blocco le pubbliche udienze e ridotta la presenza dei legali in Corte, dovrebbe essere possibile organizzare, con le precauzioni indispensabili alla prevenzione dei contagi (quali, ad esempio, i turni alterni), la presenza dei magistrati in ufficio e la

[13]Misura organizzativa a cui ha dato attuazione il Protocollo di recente concluso tra la Corte di cassazione, la Procura Generale ed il Consiglio Nazionale Forense, in cui si è previsto che il difensore provvederà a trasmettere gli atti richiesti, dei quali abbia la disponibilità, mediante invio dal proprio indirizzo di posta elettronica certificata risultante dal RE.G.IND.E., congiuntamente agli indirizzi di posta elettronica certificata delle cancellerie della Corte di cassazione e delle segreterie della Procura Generale, che saranno previamente comunicati al Consiglio Nazionale Forense ed adeguatamente pubblicizzati sui rispettivi siti internet dei soggetti che sottoscrivono il presente protocollo; all'indirizzo di posta elettronica certificata dei difensori delle altre parti processuali risultante dai pubblici registri di cui all'art. 16.ter del d.l. n. 179 del 2012 e successive modificazioni.

conseguente ripresa delle udienze camerali[14], eventualmente autorizzando il collegamento da remoto e l'eventuale spedizione cartacea o telematica degli atti a favore di quelli residenti nelle zone più a rischio o maggiormente esposti al contagio.

La ripresa del lavoro a ritmi soddisfacenti esige, però, delle decisioni immediate, che consentano una programmazione di lungo periodo, in quanto il rispetto del contraddittorio richiede tempestivi avvisi di udienza, conformi ai termini di legge di cui agli artt. 377, 380-bis e 380-bis.1 c.p.c. (rispettivamente venti e quaranta giorni prima dell'udienza) o di quelli eventualmente inferiori stabiliti dal legislatore dell'emergenza, ma, comunque, compatibili con il diritto di difesa e con la possibilità di depositare memorie in cancelleria prima dell'udienza. Molto di quello che era stato programmato, con il decreto del Primo Presidente del 31 marzo 2020, per il periodo successivo al 15 aprile 2020, sarà, invece, azzerato dalla proroga della sospensione sino all'11 maggio, da cui deriverà l'impossibilità di rispettare i prescritti termini di legge, rendendo vano il lavoro fatto.

Ad ogni modo, la giustizia civile potrà essere seriamente ed efficacemente adattata all'emergenza soltanto laddove il Governo rivaluti le politiche di sicurezza dei registri, che, allo stato, non consentono al personale della cancelleria, a differenza di quanto avviene per la giustizia amministrativa, l'accesso e la lavorazione da remoto.

4. Proposte per la giustizia penale.

La situazione della giustizia penale è molto più complessa e sicuramente giustifica la sospensione dei termini delle indagini preliminari e di prescrizione dei reati durante l'intero periodo dell'emergenza.

Invero, il contraddittorio orale è il cardine del processo penale, che risulta, quindi, molto più problematico riorganizzare in modo compatibile con le precauzioni del distanziamento sociale, potendo raramente rinunciarsi alla compresenza di una molteplicità di persone nelle aule di giustizia o in luoghi analoghi, compresenza che mira anche a garantire la genuinità, veridicità e spontaneità delle dichiarazioni. Così, sebbene l'art. 83, comma 12, del d.l. n. 18 del 2020, nello stabilire che la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è

[14]Laddove la necessità di evitare un'eccessiva movimentazione delle persone imponesse la riduzione numerica delle udienze e la turnazione delle Sezioni, come già programmato in effetti dal Primo Presidente, si dovrebbero selezionare i procedimenti da trattare, secondo criteri obiettivi, quali l'anno di iscrizione al ruolo ed il valore ponderale del fascicolo.

assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, abbia richiamato - peraltro, con il limite della compatibilità - solo i commi 3, 4 e 5 dell'art. 146-bis del d.lgs. n. 271 del 1989, si è subito prospettata la necessaria applicazione del comma 6 dello stesso art. 146-bis, ai sensi del quale un ausiliario abilitato ad assistere il giudice in udienza designato dal giudice o, in caso di urgenza, dal presidente, è presente nel luogo ove si trova l'imputato e ne attesta l'identità dando atto che non sono posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà a lui spettanti. Questo rapido accenno alla video-conferenza dell'imputato detenuto chiarisce come, anche tramite i collegamenti da remoto, la celebrazione dell'udienza penale esiga la compresenza negli stessi ambienti di una pluralità di persone[15].

Inoltre, l'informatizzazione del settore penale della giustizia è a livelli ancora primordiali, mancando sia un sistema di firma digitale che consenta il deposito telematico degli atti, da parte dei magistrati e dei difensori, sia un fascicolo telematico a cui i magistrati e gli avvocati possano accedere dalle loro abitazioni o dal loro studio, tramite un sistema di pass-word sicure, a differenza di quanto avviene sia nel processo amministrativo ed, in parte, in quello civile, per cui è necessario recarsi nelle cancellerie delle Procure, dei Tribunali, delle Corti di appello e Corte di cassazione per depositare, visionare ed estrarre copia degli atti[16]. In pratica, nel processo penale, solo le notificazioni e comunicazioni sono state investite, per ora, da un'effettiva telematizzazione[17].

[15]Persone che, per essere adeguatamente tutelate, devono essere munite di postazioni di lavoro e soprattutto microfoni differenti.

[16]Per un'analisi esaustiva dell'attuale disciplina si rinvia a G.DOMINIJANNI, Validità dei provvedimenti firmati digitalmente, la loro utilizzabilità e conservazione nel fascicolo processuale cartaceo, che, da un lato, evidenzia i limiti dell'informatizzazione del processo penale, in cui l'individuazione del gestore documentale, da parte del Ministero, nel T.I.A.P., al di là della diffusione non ancora integrale, risulta carente del passaggio normativo che porti all'abbandono del doppio binario (cartaceo e digitale) e, dall'altro, suggerisce modalità tramite cui realizzare il deposito telematico dei documenti, valorizzando gli artt. 20 e 23 del c.a.d. (codice amministrazione digitale), ferma restando l'impossibilità di limitare l'accesso del pubblico per la visione dei fascicoli e l'estrazione di copie.

Così anche il Primo Presidente della Cassazione ha cercato di risolvere il problema del deposito degli atti, al fine di ridurre l'affluenza del pubblico in ufficio, stabilendo, nel provvedimento n. 47 del 2020, alle lett. e) e f), che le conclusioni e gli altri atti della Procura generale relativi alle cause e ai procedimenti sopra indicati possono essere inviati, alla competente cancelleria della Corte di cassazione, dalla casella di posta elettronica della competente segreteria civile o penale, mediante l'allegazione al messaggio di posta, recante le indicazioni idonee all'identificazione del procedimento, di un file in formato PDF composto secondo le disposizioni organizzative dettate dal Procuratore generale a norma dell'art. 83, commi 6 e 7, DL n. 18 del 2020, e che, per i ricorsi da trattare fino al 30 giugno 2020, i difensori, utilizzando esclusivamente I 'indirizzo elettronico presente nel Re.G.Ind.E., possono far pervenire alla Corte motivi aggiunti e memorie a mezzo PEC agli indirizzi indicati nell'allegato, comunicandoli contestualmente e con lo stesso mezzo alla controparte, secondo le modalità tecniche che saranno successivamente indicate.

Si tratta, tuttavia, di sistemi tramite cui non può superarsi il limite della tassatività ed inderogabilità delle forme delle impugnazioni. Senza pretesa di esaustività va ricordato che è inammissibile l'opposizione a decreto penale di condanna presentata a mezzo di posta elettronica certificata, stante il principio di tassatività ed inderogabilità delle

In tali condizioni, l'esercizio delle funzioni giurisdizionali va bilanciato attentamente con i rischi di contagio che può comportare.

Deve, peraltro, rilevarsi che la fase investigativa risente delle misure restrittive e della necessità di impiegare le forze dell'ordine prevalentemente in operazioni collegate alla tutela della salute. Inoltre, molti atti di indagine coinvolgono soggetti estranei all'amministrazione giudiziaria (quali, ad esempio, i sommari informatori) e, sebbene il differimento dell'assunzione delle sommarie informazioni comporti il rischio di dispersione della prova, in quanto il trascorrere del tempo comporta l'annebbiamento del ricordo, non può sottovalutarsi l'esigenza di tutelare la salute di tali persone. E', quindi, del tutto giustificata la sospensione dei relativi termini investigativi, posto che la progressiva ripresa delle attività dovrà avvenire gradualmente e difficilmente sarà possibile, in tempi brevi, re-iniziare a pieno ritmo le indagini. In particolare, mentre si potrebbe già nell'immediato consentire alla Procura di porre in essere tutti gli atti investigativi strumentali all'acquisizione della documentazione, occorre essere più cauti per quelle attività che coinvolgono

---

forme per la presentazione delle impugnazioni, trattandosi di modalità non consentita dalla legge, in ragione dell'assenza di una norma specifica che consenta nel sistema processuale penale il deposito di atti in via telematica, e nonostante che per espressa previsione di legge il valore legale della posta elettronica certificata sia equiparato alla raccomandata con ricevuta di ritorno (Sez. 4, n. 21056 del 23/01/2018 Cc.- dep. 11/05/2018, Rv. 272740 – 01); è inammissibile l'impugnazione cautelare proposta dall'indagato mediante l'uso della posta elettronica certificata, in quanto le modalità di presentazione e di spedizione dell'impugnazione, disciplinate dall'art. 583 cod. proc. pen. - espressamente richiamato dall'art. 309, comma 4, che, a sua volta, è richiamato dall'art. 310, comma 2, cod. proc. pen. - sono tassative e non ammettono equipollenti, stabilendo soltanto la possibilità di spedizione dell'atto mediante lettera raccomandata o telegramma, al fine di garantire l'autenticità della provenienza e la ricezione dell'atto, mentre nessuna norma prevede la trasmissione mediante l'uso della p.e.c. (Sez. 3, n. 38411 del 13/04/2018 Cc. - dep. 09/08/2018, Rv. 276698 - 01); è inammissibile il ricorso per cassazione proposto dinanzi ad autorità giudiziaria diversa da quella competente a riceverlo e trasmessa a mezzo p.e.c. all'ufficio competente da parte della cancelleria del giudice ove era stato depositato ai sensi dell'art. 582, comma 1, cod. proc. pen. (Sez. 6 n. 41283 del 11/09/2019 Cc. - dep. 08/10/2019, Rv. 277369 – 01, che, in motivazione, ha chiarito che la previsione dell'art. 64 disp. att. cod. proc. pen., che consente il ricorso ai mezzi idonei di cui agli artt. 149 e 150 cod. proc. pen., tra i quali la p.e.c., riguarda unicamente la comunicazione degli atti del giudice e non la trasmissione, a cura della cancelleria dell'ufficio giudiziario presso cui l'impugnazione è stata depositata, di un atto di parte, quale l'impugnazione). Tali limitazioni non possono essere superate con le misure organizzative dei dirigenti.

[17]Telematizzazione potenziata dai commi 13, 14 e 15 dell'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020, ai sensi dei quali le comunicazioni e le notificazioni relative agli avvisi e ai provvedimenti adottati nei procedimenti penali ai sensi del presente articolo, nonché dell'articolo 10 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9, sono effettuate attraverso il Sistema di notificazioni e comunicazioni telematiche penali ai sensi dell'articolo 16 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, o attraverso sistemi telematici individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia; le comunicazioni e le notificazioni degli avvisi e dei provvedimenti indicati al comma 13 agli imputati e alle altre parti sono eseguite mediante invio all'indirizzo di posta elettronica certificata di sistema del difensore di fiducia, ferme restando le notifiche che per legge si effettuano presso il difensore d'ufficio; tutti gli uffici giudiziari sono autorizzati all'utilizzo del Sistema di notificazioni e comunicazioni telematiche penali per le comunicazioni e le notificazioni di avvisi e provvedimenti indicati ai commi 13 e 14, senza necessità di ulteriore verifica o accertamento di cui all'articolo 16, comma 10, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.

le persone. Si può, tuttavia, sperare che il rallentamento delle indagini sia compensato dalla presumibile riduzione di alcune tipologie di crimini (quali, ad esempio, i furti, resi più difficili dalla maggiore permanenza delle persone nelle proprie abitazioni e dai maggiori controlli delle persone in circolazione, o i delitti collegati alla droga, il cui movimento è reso più arduo dalle misure restrittive).

Per quanto concerne, invece, la fase processuale, sebbene con maggiori difficoltà, anche nel processo penale si può provare a realizzare la fase decisoria per quei procedimenti in cui l'istruttoria sia già esaurita, sostituendo la discussione orale con lo scambio di memorie conclusionali e di replica entro termini necessariamente sfalsati per il pubblico ministero, la parte civile, il responsabile civile e l'imputato, in questo modo, quantomeno, definendo tutto quello che è già maturo per la decisione (eventualmente provvisoriamente eliminando il meccanismo della lettura del dispositivo in udienza e consentendo ai magistrati più esposti al contagio e/o residenti nelle zone più pericolose la partecipazione da remoto)[18]. In questa fase di emergenza, potrebbero prestarsi a tale meccanismo alternativo, derogatorio rispetto a quello ordinario della discussione orale, quei procedimenti sottoposti a riti alternativi e quelle fasi processuali in cui non vi è, in via ordinaria, lo svolgimento di alcuna istruttoria. Così, nel giudizio di appello, in cui la rinnovazione dell'istruttoria è soggetta ai limiti di cui all'art. 603 c.p.p., potrebbero essere provvisoriamente sostituite in trattazioni scritte tutte le udienze o quantomeno quelle in cui già si è già verificata la regolare costituzione delle parti, salva la rimessione della causa sul ruolo ad un'udienza successiva alla fine dell'emergenza laddove si debbano riassumere le prove già acquisite in primo grado o riassumere nuove prove e salva la previsione di una clausola di salvaguardia, che consenta alle parti la richiesta della celebrazione dell'udienza. Parimenti nel giudizio di legittimità - per cui sussistono tutte le problematicità già individuate nel paragrafo precedente e valgono le medesime considerazioni già svolte (ivi compresa quella concernente la vanificazione del lavoro organizzativo svolto sinora dalla proroga della sospensione laddove escluda la celebrazione delle udienze ri-fissate, anche in conseguenza dell'impossibilità di rispettare i termini di legge per gli avvisi effettuati) - potrebbero essere trattati i procedimenti camerali non partecipati e, mediante la sostituzione dell'udienza con la

[18]Si tratterebbe ovviamente di una disciplina provvisoria ed eccezionale, giustificata dall'emergenza, tenuto conto dell'essenzialità dell'oralità e dell'incomprimibilità del diritto della parte pubblica e dell'imputato alla partecipazione nel processo penale.

trattazione scritta, gli altri procedimenti[19], salva una clausola di salvaguardia che consenta alle parti la facoltà di chiedere la celebrazione dell'udienza.

Tuttavia, non può sottovalutarsi che lo svolgimento di tali attività comporterebbe, comunque, un'affluenza non esigua di magistrati, cancellieri, difensori e personale della Procura negli uffici giudiziari - se non per il deposito dei provvedimenti e delle memorie (sostitutive della discussione orale), che potrebbe essere, in via provvisoria, consentito a mezzo p.e.c. - quantomeno per la visione e l'estrazione della copia degli atti, tenuto conto della mancata digitalizzazione del fascicolo penale. Sebbene tali ingressi possano essere pianificati in modo da evitare gli assembramenti[20], la movimentazione di persone che ne deriva, anche ai fini della preparazione delle difese e dei necessari incontri tra difensori e imputati, impone la selezione, da parte del legislatore, di quei procedimenti più importanti, in considerazione dei diritti coinvolti, di cui deve essere assicurata la trattazione, nonostante l'emergenza, tra cui devono necessariamente essere inclusi - a prescindere dalla necessità di un'istanza di parte - quelli in cui sono state applicate misure cautelari limitative della libertà personale, in quanto un'ulteriore dilatazione, tramite la sospensione, dei termini di custodia cautelare non appare compatibile con il principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza dell'imputato sino alla condanna definitiva[21].

In definitiva, il transito della giustizia dalla prima alla seconda fase dell'emergenza, impone al legislatore di individuare quelle soluzioni che, riducendo le udienze, grazie alla sostituzione di alcune di esse con la trattazione scritta e alla selezione di quei procedimenti che possono essere differiti e di quelli che, invece, devono essere trattati, siano in grado di diminuire l'affluenza del pubblico in ufficio, in modo che la presenza dei magistrati, del personale di cancelleria, dei difensori e del pubblico possa essere organizzato dal dirigente con le dovute cautele.

5. Conclusioni.

[19]Eventualmente tramite l'eliminazione del meccanismo della lettura del dispositivo in udienza e a possibilità della partecipazione da remoto e della trasmissione degli atti nei confronti dei magistrati più esposti al contagio e/o residenti nelle zone più pericolose alla partecipazione da remoto.

[20]Un'efficace pianificazione dell'ingresso ad ore prestabilite dei difensori negli uffici giudiziari richiederebbe, però, l'allungamento degli orari di apertura al pubblico e, quindi, un possibile incremento, almeno tramite la previsione degli straordinari, della presenza in ufficio del personale di cancelleria, di cui deve nondimeno essere assicurato adeguatamente la tutela, tramite il distanziamento sociale.

[21] Del resto, di tale esigenza si sta avvedendo anche il legislatore che, all'art. 36, secondo comma, del d.l. n. 23 del 2020, ha escluso dalla sospensione dal 16 aprile all'11 maggio 2020 i procedimenti penali in cui i termini (anche di fase) di cui all'art. 304 c.p.p. scadono nei 6 mesi successivi all'11 maggio 2020, rimettendo ancora, però, la trattazione degli altri all'istanza di parte.

La drammaticità della situazione non può essere superata in tempi rapidi ed urgono delle soluzioni che consentano di realizzare ciò a cui si può effettivamente aspirare in questo momento, in quanto è meglio rassegnarsi ad un risultato meno ambizioso, piuttosto che restare imprigionati nell'inerzia e nell'impotenza.

La situazione della giustizia ordinaria è ben diversa quella della giustizia amministrativa, in cui la digitalizzazione ormai completa ed il carattere quasi interamente documentale dell'istruttoria consentono il lavoro da remoto sia ai magistrati sia al personale di cancelleria. I colleghi amministrativi possono, quindi, con maggiore serenità e sicurezza pianificare il loro lavoro senza spostamenti, minimizzando la già inferiore frequentazione dei loro uffici. Alla giustizia ordinaria non resta che attendere che il legislatore crei, con l'adeguata capacità politica, le premesse del maggiore sforzo e del maggiore sacrificio richiesto ai suoi giudici ed al suo personale amministrativo.

Eduardo Savarese

Decretazione d'urgenza e organizzazione dell'attività giudiziaria "a distanza": difficoltà operative, opportunità…e un po' di demitizzazione

1. Introduzione. 2. L'urgenza attestata dal giudice: il caso del Tribunale di Forlì. 3. Le udienze non celebrate e la cd.trattazione scritta: *pars construens*. 4. La trattazione dell'udienza da remoto: rilievi critici per una (limitata) *pars destruens*.

1.Introduzione

L'art. 83 del D.L. 18/20, cd. "Cura Italia", adottato lo scorso 17 marzo e attualmente in fase di conversione in legge, ripreso dall'art. 36 del D.L. 8 aprile 2020 n. 23, introduce nell'ordinamento, com'è noto, una serie di disposizioni funzionali ad affrontare l'emergenza da epidemia Covid-19 nell'amministrazione della giustizia[1]. Il decreto riprende e in parte amplia, dettagliando, le disposizioni contenute nel precedente D.L. 8 marzo 2020 n. 11[2]. La "ratio" è di garantire nella maggior misura possibile il "distanziamento sociale" nello svolgimento dei servizi attinenti alla giustizia e, a tal fine, la normativa attua una serie di meccanismi riconducibili, in buona sostanza, a tre misure fondamentali:

a) rinvio delle udienze calendarizzate ad una data successiva, prima al 15 aprile 2020 ex D.L. 18/20, e oggi, giusta l'art. 36 del D.L. 23/20, all'11 maggio 2020;

b) celebrazione, fino a tale data, dei soli affari di estrema urgenza identificati all'interno del citato art. 83 (richiamato dal citato art. 36);

---

[1] Per una disamina dei molteplici aspetti della decretazione d'urgenza, mi limito a segnalare il numero 1/2020 di Diritti & Giurisdizione Raccolta giuridica curata dai Magistrati della Corte d'Appello di Napoli,

[2] Sul sito della Gazzetta Ufficiale nella sezione aree tematiche alla voce "Coronavirus", è disponibile la Raccolta degli atti emanati dalle diverse articolazioni dello Stato per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Fra i principali provvedimenti si segnalano: il Dpcm del 4 marzo 2020 (consultabile in allegato) recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19; il Dpcm 8 marzo 2020 che prevede nuove misure di contenimento del contagio da Covid-19 (reperibile Sul sito della Presidenza del Consiglio dei Ministri (raggiungibile al seguente link); il Dpcm 9 marzo 2020, recante nuove misure per il contenimento e il contrasto del diffondersi del virus Covid-19 sull'intero territorio nazionale, che estende le misure di cui all'art. 1 del Dpcm 8 marzo 2020 a tutto il territorio nazionale. Tali disposizioni producono effetto dalla data del 10 marzo 2020 e sono efficaci fino al 3 aprile 2020; il Dpcm 11 marzo 2020 (reperibile al seguente link) ha previsto ulteriori misure in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 sull'intero territorio nazionale.

il D.L 17 marzo 2020 n. 18 (cd. Cura Italia) che contiene ulteriori misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19 che ha previsto nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica e contenere gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare (art.83) amministrativa (art. 84) contabile (art 85) nonchè misure di sostegno ai magistrati onorari in servizio (art. 119). Il testo completo è disponibile in allegato.

il Dpcm 22 marzo 2020 (consultabile in allegato) che introduce ulteriori misure in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale. Il testo completo del decreto è disponibile in allegato.

il Dpcm 1 aprile 2020 (consultabile in allegato) contenente la proroga fino al 13 aprile 2020 delle misure fin qui adottate per il contenimento del contagio epidemiologico da Covid-19.

c) attuazione di modalità di celebrazione delle udienze, sia di quelle di cui al punto b), sia di quelle fissate a partire dal 12 maggio sino al 30 giugno 2020, tali da assicurare il perdurare del "distanziamento sociale": le forme di trattazione, a questo proposito, sono sostanzialmente due, la prima attraverso la connessione in rete da remoto, con i dispositivi indicati dal Ministero di Giustizia[3]; la seconda attraverso la trattazione scritta.

Tali modalità richiedono, per la loro adozione, il rispetto di una certa cadenza procedimentale, demandata alla collaborazione tra autorità giudiziaria, autorità politica, autorità sanitaria e ordini degli avvocati. Il presente contributo intende offrire alcuni spunti di riflessione a partire da un recentissimo caso pratico, avendo come riferimento, per un verso, la necessaria spinta costruttiva che, di fronte alla crisi, anche il sistema giustizia, e in specie l'ordine giudiziario, devono dimostrare di imprimere[4] e, per altro verso, però, l'altrettanto necessaria visione critica di certi fenomeni, altrimenti destinati, a seguito di processi immediati e festosi di mitizzazione/canonizzazione, a dettare e forse imporre nuove regole procedurali, amministrative, burocratiche non sufficientemente ponderate.

2.L'urgenza attestata dal giudice: il caso del Tribunale di Forlì.

Con decreto datato primo aprile 2020, del quale è reperibile ad oggi la sola massima (pubblicata il 4 aprile 2020)[5], in materia di fallimento, il giudice delegato ha ritenuto quanto segue: "*In relazione al progetto di riparto parziale predisposto dal curatore ex art. 113 l. fall., in*

[3] Il 10 marzo 2020 il Direttore generale dei sistemi informativi ed automatizzati (D.G.S.I.A) del Ministero della Giustizia ha emanato il provvedimento che rende possibile la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare con collegamenti da remoto, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-bis del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. La disposizione, attuativa dell'art. 2, comma 7, del decreto legge 8 marzo 2020, n.11, consente di svolgere le udienze tramite i sistemi *Skype for business* (desinato, peraltro, ad essere abbandonato dall' Amministrazione giudiziaria nel 2021) e *Teams.* Si tratta di programmi per videoconferenza che integrano forme di condivisione di messaggi e file.

[4] Le delibere del CSM in materia sono le seguenti: - la delibera 5 marzo 2020: linee guida ai Dirigenti degli Uffici Giudiziari e proposta al Ministro della Giustizia ai sensi dell'art. 10, comma 2 L. n. 195 del 24 marzo 1958; - la delibera plenaria 11 marzo 2020, con la quale sono state approvate - su proposta della Settima commissione - ulteriori linee guida per gli uffici giudiziari; - le delibere plenarie dell'11 marzo 2020, relative alla prosecuzione del tirocinio dei MOT in relazione all'emergenza sanitaria COVID-19; - la delibera plenaria del 26 marzo 2020, contenente le Linee guida agli Uffici Giudiziari in ordine all'emergenza COVID 19, integralmente sostitutive delle indicazioni offerte attraverso le precedenti delibere assunte in tema dal Consiglio Superiore della Magistratura; - la delibera plenaria del 1 aprile 2020 contenente Integrazioni alla delibera in data 26 marzo 2020 "Linee guida agli Uffici Giudiziari in ordine all'emergenza COVID 19, integralmente sostitutive delle indicazioni offerte attraverso le precedenti delibere assunte" ed il Protocollo per la gestione delle udienze civili tramite collegamento da remoto presso il Tribunale per i minorenni; - la delibera plenaria dell' 8aprile 2020 contenente il Protocollo per la gestione delle udienze tramite collegamento da remoto presso il Tribunale di Sorveglianza.

[5] Reperibile su https://news.ilcaso.it/news_7434.

considerazione dell'entità della somma da ripartire e della necessità di favorire la circolazione del denaro, ricorrono le condizioni per dichiarare l'urgenza della trattazione ai sensi dell'art. 83 DL. 18/2020 ("Cura Italia") al fine di escludere la sospensione dei termini per il reclamo, attesa la necessità di assicurare la tempestività dei pagamenti in questo periodo di emergenza sanitaria e di conseguente crisi economica per il fermo delle attività d'impresa". La massima lascia intendere che:

a) Nel vigore o, probabilmente, prima dell'entrata in vigore del D.L. 18/20 (oppure del precedente D.L. 11/20: ma analogo discorso è farsi nella vigenza dell'art. 36 D.L. 23/20), il curatore fallimentare aveva provveduto al deposito telematico di un piano di riparto parziale tra i creditori ammessi al passivo, secondo quanto dispone l'art. 113 L.F.;

b) Il giudice delegato aveva di conseguenza adottato il decreto, previsto dagli artt. 110-117 L.F., col quale ordina il deposito in cancelleria del piano di riparto e, al contempo, dispone che quel piano venga comunicato dal curatore ai creditori, onde provocare la decorrenza del termine legale per le impugnazioni; in specie, l'art. 110 comma 2 L.F. dispone: "*I creditori, entro il termine perentorio di quindici giorni dalla ricezione della comunicazione di cui al secondo comma, possono proporre reclamo al giudice delegato contro il progetto di riparto ai sensi dell'art. 36*" (nella versione oggi vigente e applicata dal Tribunale di Forlì, come si desume dal tenore della massima riportata sopra);

c) Il giudice delegato, riscontrato lo spirare del termine senza la proposizione di reclami, su istanza del curatore fallimentare, dichiara l'esecutività del piano di riparto (parziale o finale), dal che discende l'esecuzione dei pagamenti da parte del curatore a vantaggio dei creditori inseriti nel piano: nel caso di specie, uno dei creditori deve aver proposto reclamo, sicché il giudice delegato si è prima pronunciato col decreto in commento, ex art. 36 L.F., dichiarandone l'inammissibilità per decorso del termine perentorio fissato dall'art. 110 comma 2 L.F.;

d) Onde addivenire alla conclusione sub. c), il Tribunale di Forlì ha richiamato l'art. 83 D.L. 18/20, nella parte in cui prevede che, al comma 3 lett.a), che la sospensione dei termini processuali disposta al comma 2, non si applica per: *"(...)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*".

Non avendo a disposizione la motivazione integrale del decreto di rigetto del reclamo, e il decreto reclamato, non è possibile verificare se e in che termini il giudice delegato al fallimento avesse formulato la dichiarazione di urgenza prevista dalla legge. Essa può essere fatta con apposito decreto oppure nel corpo dello stesso provvedimento che viene emesso sul presupposto dell'urgenza, posto che trattasi di decreto di per sé non impugnabile. Può sostenersi, a questo proposito, che, per un verso, la dichiarazione di urgenza è atto discrezionale del giudice, che necessita, attesi l'oggetto e il fine del D.L. 18/20, di una specifica, pur succinta, motivazione e, per altro verso, ove tale decreto non venga emesso, né prima, né nel corpo del provvedimento adottato, quest'ultimo dovrebbe ritenersi affetto da nullità radicale (se non altro, per violazione degli artt. 24/111 Cost. e, dunque, del principio costituzionale, CEDU e eurounitario del contraddittorio, nonché del diritto di agire e difendersi in giudizio nel rispetto del contraddittorio).

Se sul piano puramente formale il provvedimento del Tribunale di Forlì (ove assistito da debita dichiarazione di urgenza) non pare prestare il fianco a critiche, dal punto di vista della legittimità sostanziale e dell'opportunità, invece, esso sembra opinabile. La clausola di chiusura del comma 3 lett.a) del citato art. 83, in effetti, individua un elenco tassativo di fattispecie segnate da, potremmo dire, un'urgenza tipologica, discendente cioè dalla natura del procedimento giudiziario e/o degli interessi coinvolti in esso. È il legislatore, in questo caso, che delinea l'urgenza di trattazione e l'inoperatività della sospensione dei termini quale regola generale delineata al secondo comma (e con elencazione, come si vede, non coincidente, e anzi più ristretta, rispetto alle attività giudiziali non soggette alla sospensione feriale dei termini processuali). Lo stesso legislatore lascia però un margine di discrezionalità all'esercizio del potere giudiziario, suscettibile di caratterizzarsi come atto *ex officio* o sollecitato dalle parti, che motiveranno l'urgenza di trattazione. L'esercizio del potere *ex officio*, per quanto atto discrezionale del giudice, deve a mio avviso colorarsi delle stesse ragioni generali che hanno spinto il legislatore a indicare alcune specifiche fattispecie di procedimenti a trattazione indifferibile: queste ragioni devono risiedere in puntuali esigenze che, nel bilanciamento tra gli interessi dedotti nel procedimento giudiziario e l'interesse della tutela della saluta pubblica, impongono la prevalenza dei primi, con i connessi (anche minimi) rischi per la seconda. Tali specifiche ragioni devono, in particolare, avere radice nell'indifferibilità intesa in senso specialmente rigoroso, e cioè, come esigenza di attuazione di quel diritto oggetto del procedimento reputato indifferibile non oltre (attualmente) l'11 maggio 2020, a pena, in caso di differimento, di un grave pregiudizio per le parti. Il legislatore non adopera qui il termine

"irreparabile", accanto a grave, e forse avrebbe dovuto: ma, pur non utilizzandolo, l'irreparabilità mi pare assurgere a canone fondamentale di apprezzamento dell'urgenza alla base della mancata sospensione dei termini processuali. Diversamente opinando, si minerebbe la generale coerenza del dettato normativo.

Venendo al decreto qui commentato, le ragioni di "circolazione del denaro" in un momento di fermo generale dell'economia mondiale non paiono invero assurgere a valida motivazione del decreto ex art. 36 L.F. adottato dal Tribunale di Forlì[6]. Il problema conseguente è: quel decreto è impugnabile dinanzi al Tribunale fallimentare per violazione di legge e, in specie, dell'art. 83 comma 3 lett.a) clausola finale, del D.L. 18/20 (ripreso integralmente dal nuovo art. 36 D.L. 23/20)? No, a meno che il giudice abbia omesso di dichiarare l'urgenza ai sensi di legge. In altri termini, la non impugnabilità del decreto che dichiara l'urgenza di trattazione, espressamente sancito dalla norma citata, esclude che quel decreto sia autonomamente impugnabile, ma non esclude che, una volta adottato il provvedimento giudiziale senza alcun riferimento all'urgenza e ai suoi motivi, ci si possa dolere, nell'ambito del rimedio impugnatorio eventualmente previsto avverso quel provvedimento, della mancata sospensione dei termini processuali generalmente prevista dall'art. 83 comma 2.

Uno spazio ambiguo si aprirebbe anche, invero, per il caso (non solo di mancanza *tout court* del decreto di urgenza o dei motivi di urgenza all'interno di provvedimento eventualmente adottato ma di) assenza di motivazione delle ragioni di urgenza (il giudice, insomma, potrebbe aver richiamato la clausola generale dell'art. 83 comma 3 lett. a) senza null'altro specificare). A mio avviso, però, neppure in tal caso si configurerebbe la possibilità di impugnazione: ciò che conta è che, attraverso il richiamo specifico del fondamento normativo alla base dell'esercizio del suo potere giudiziale, il giudice abbia reso evidente alla parte che il procedimento viene trattato in deroga all'art. 83 comma 2. Nel caso al nostro esame, ove il giudice delegato abbia invocato le ragioni di urgenza, il creditore era nella possibilità (salvo l'istituto generale della rimessione in termini) di proporre reclamo a mezzo deposito telematico.

[6] La crisi d'impresa è oggetto di speciale attenzione del legislatore: si confronti l'art. 10 del D.L. 23/2020 che sancisce l'improcedibilità dei ricorso di fallimento depositati dal 9 marzo al 30 giugno 2020.

La vicenda di Forlì è però emblematica: i) del rischio di clausole troppo generali, come quella in esame, che demandano valutazioni discrezionali eccessivamente ampie al singolo giudice; ii) dei possibili effetti di trattazioni urgenti effettuate nella fase cd. 1 (cioè sino al prossimo 11 maggio)[7].

3. Le udienze non celebrate e la cd.trattazione scritta: *pars construens*.

La vicenda appena esaminata induce a considerare con molta attenzione le disposizioni attinenti, invece, alla cd. fase 2, quella che andava dal 16 aprile al 30 giugno 2020, ed ora decorrerà dall'11 maggio 2020 al 30 giugno 2020. Le considerazioni che seguono riguardano il solo processo civile.

L'art. 83 comma 6 del citato D.L., a questo proposito, stabilisce: "*Per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, per il periodo compreso tra il 16 aprile e il 30 giugno 2020 i capi degli uffici giudiziari, sentiti l'autorità sanitaria regionale, per il tramite del Presidente della Giunta della Regione, e il Consiglio dell'ordine degli avvocati, adottano le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della salute, anche d'intesa con le Regioni, dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, dal Ministero della giustizia e delle prescrizioni adottate in materia con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone*".

La gestione della fase 2 è dunque demandata ai capi degli uffici giudiziari, per mezzo di una complessa cadenza procedimentale di consultazione e nel rispetto di norme e prescrizioni, e con un fine normativamente imposto: evitare assembramenti[8].

È necessaria, a questo punto, una parentesi "di sistema": è vero che il Fato non permette di fare come gli struzzi, che mettono la testa sottoterra. Come gli struzzi, abbiamo assistito alla proliferazione dei processi civili e penali, al deterioramento delle strutture degli edifici giudiziari, all'incapacità di elaborare standard di rendimento per il giudice civile e penale, col risultato che l'assembramento *è per antonomasia* l'udienza civile e penale italiana. L'equivalenza è perfetta, e

[7] Si segnalano, qui, i seguenti contributi: L.Salati, Il provvedimento "sblocca compensi" del Tribunale di Milano, su https://news.ilcaso.it/news_7453;

[8] Si veda il comunicato del CNF sulla sinergia tra CSM e CNF, reperibile su https://www.consiglionazionaleforense.it/web/cnf-news/-/685922.

tale che evitare assembramenti significa evitare l'udienza: oppure, pensare a udienze con numeri di processi limitati, cioè, né più né meno, fisiologici. L'assembramento, da patologia, è fisiologia della vita quotidiana dei nostri uffici giudiziari.

E come potranno ora i capi degli uffici giudiziari affrontare gli effetti di decenni di cattiva amministrazione della giustizia? Lo stabilisce il comma 7, di cui riportiamo le parti rilevanti: "*Per assicurare le finalità di cui al comma 6, i capi degli uffici giudiziari possono adottare le seguenti misure: a) la limitazione dell'accesso del pubblico agli uffici giudiziari (...); b) la limitazione dell'orario di apertura al pubblico degli uffici (...) ovvero, in via residuale e solo per gli uffici che non erogano servizi urgenti, la chiusura al pubblico; c) la regolamentazione dell'accesso ai servizi, previa prenotazione (...); d) l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze; e) la celebrazione a porte chiuse, ai sensi dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale, di tutte le udienze penali pubbliche o di singole udienze e, ai sensi dell'articolo 128 del codice di procedura civile, delle udienze civili pubbliche; f) la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti 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 deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti (...)"; g) la previsione del rinvio delle udienze a data successiva al 30 giugno 2020 nei procedimenti civili e penali, con le eccezioni indicate al comma 3; h) lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice*".

Accanto all'introduzione di regole di civiltà meritevoli di restare in vigore per sempre (si pensi agli ordini di prenotazione), e con specifico riferimento alle udienze civili, i capi degli uffici hanno tre alternative:

a) celebrazione delle udienze da remoto, in modalità tali da assicurare il rispetto del contraddittorio e la compiuta verbalizzazione delle attività di udienza;

b) trattazione scritta, con deposito telematico delle istanze contenenti le conclusioni difensive;

c) il rinvio a data successiva al 30 giugno.

Il dramma della pandemia ha determinato l'introduzione di modalità di celebrazione dell'udienza civile che, probabilmente, condurranno a modifiche strutturali del codice di procedura

civile e che meritano, pertanto, attenzione. Partendo dall'ipotesi della celebrazione dell'udienza civile in videoconferenza attraverso l'applicativo Microsoft Teams, occorre osservare che il mezzo dell'udienza a distanza è ad oggi stato introdotto da molti altri paesi, come testimonia l'interessante scambio di post reperibili sul sito del Consiglio d'Europa[9]. Da essi emerge che tanto il personale amministrativo quanto quello giudiziario tendono a lavorare da casa con dispositivi di connessione messi a disposizione dai rispettivi Ministeri di Giustizia.

Si tratta, dunque, di una modalità tecnicamente possibile e per la quale, come per ogni innovazione, è necessario sia introdurre disposizioni di dettaglio, sia implementarne l'attuazione con idonea formazione e contestuale fase di monitoraggio. La sezione fallimentare del Tribunale di Napoli ha efficacemente celebrato tre udienze collegiali, l'una prefallimentare ex art. 15 L.F. il 24 marzo 2020, le altre due il primo ed otto aprile 2020, di esame di tre domande di concordato preventivo di gruppo ex art. 162 L.F. La trattazione accurata e la del pari accurata verbalizzazione sono possibili, nonostante l'impiego di tempi mediamente significativi. Circostanza questa che andrebbe attentamente monitorata, quantificata e apprezzata (nell'ottica di sistema dei numeri di processi chiamati ad udienza).

Ulteriori considerazioni del pari di sistema verranno sviluppare nel paragrafo seguente.

Quanto alla modalità di trattazione senza udienza (la cd.trattazione con note scritte depositate telematicamente), essa parrebbe contrastare con i generali principi di oralità e immediatezza del processo che, se non realizzabili attraverso la celebrazione delle udienze da remoto, rimarrebbero totalmente frustrati. Ora, pur senza voler qui procedere alla fattuale demitizzazione di quei principi (che invero vivono un loro *revival* significativo grazie all'uso massivo dello strumento della conciliazione giudiziale ex art. 185 *bis* c.p.c., pur forse dando vita a oralità e immediatezza diverse da quelle intese da Chiovenda), bisogna dare atto che alcuni snodi procedimentali del processo civile si attuano in udienze poco significative, in quanto soltanto prodromiche alla decorrenza di termini processuali funzionali all'articolazione di memorie difensive scritte. D'altra parte, il diritto e il processo civile esigono l'elaborazione scritta per la natura stessa, altamente concettuale, dei loro contenuti e strumenti. Pensiamo alla celebrazione della prima udienza ex art. 183 c.p.c. quando le parti non intendano conciliare la lite, e vogliano invece poter articolare le memorie previste dal comma 6 di quella disposizione. Pensiamo anche alla celebrazione della successiva udienza, prevista dal comma 7 dello stesso articolo, quando cioè il giudice si pronuncia sulle memorie e sui

9

mezzi istruttori articolati dalle parti: spesso il giudice civile si riserva, avendo bisogno di calibrare bene l'ordinanza istruttoria che costituisce snodo fondamentale del processo di primo grado. E allora, se così è, l'invio di note scritte può prospettarsi come una soluzione praticabile:

i) in vista della prima udienza, con richiesta dei termini ex art. 183 comma 6 c.p.c., a meno che le parti non rappresentino l'esigenza e/o l'opportunità di una udienza da remoto, per l'esistenza di una ipotesi transattiva, ovvero sia il giudice a proporre una strada conciliativa ex art. 185 bis c.p.c.;

ii) dopo la concessione dei termini ex art. 183 comma 6 c.p.c., le parti possono depositare istanza in cui richiedono al giudice di pronunciare un'ordinanza sulle rispettive richieste, senza necessità di udienza (in questo caso, nelle rispettive istanze, potranno dedurre, brevemente, eventuali contestazioni sui contenuti delle terze memorie istruttorie);

iii) in luogo dell'udienza di precisazione delle conclusioni, le parti possono depositare istanza telematica in cui, rassegnate le conclusioni, richiedono i termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica ai sensi dell'art. 190 c.p.c.

A mio avviso, è essenziale soprattutto ricorrere all'uso della trattazione scritta di cui al sub. c), per tutte le udienze, di primo e secondo grado, fissate dal 12 maggio al 30 giugno 2020, per la precisazione delle conclusioni, in modo da non creare il presupposto di un gravoso arretrato (soprattutto, per le corti d'appello)[10].

D'altra parte, la modalità della trattazione scritta ora enunciata si presta a divenire non solo un assetto organizzativo momentaneo, ma oggetto potenziale di una modifica normativa del codice di procedura civile, capace di rendere strutturalmente più leggera l'attività di udienza e la presenza fisica nei tribunali di giudici e difensori.

Uno strumento forse utile, a questo proposito, è ravvisabile nella fattispecie di trattazione mista, oggi disciplinata per il primo grado di giudizio dall'art. 281 *quinquies* c.p.c., ove, su istanza di parte, il giudice fissa un'udienza per la discussione e la decisione, la quale è preceduta dal deposito delle sole comparse conclusionali. Potrebbe in effetti prevedersi (con modifica normativa *ad hoc*) che, per le udienze di precisazione delle conclusioni calendarizzate dal 12 maggio al 30 giugno 2020, il giudice o il collegio giudicante dispongono d'ufficio concedersi il termine di sessanta giorni per le comparse conclusionali, rinviando per la discussione orale. In questo modo, si

[10] Si veda la posizione dell'Unione delle Camere Civili, sul punto: la rassegna stampa del 7 aprile 2020 è reperibile su http://www.unionenazionalecamerecivili.it/coronavirus-rassegna-stampa-del-7-aprile-2020/.

manterrebbe lo snodo dell'udienza, possibilmente da fissarsi – ove possibile - partire già dal luglio 2020, consentendo però di cominciare a far decorrere il primo termine per la comparsa conclusionale e di accelerare il tempo di deposito della sentenza. Tuttavia, il modello dell'art. 281 *quinquies* potrebbe divenire di attuazione più generale e, dunque, anche oltre l'ipotesi speciale della decretazione d'urgenza per il contenimento dell'epidemia da Covid-19, in quanto congegnato come fissazione di udienza di discussione, dopo la concessione del termine per il deposito delle comparse conclusionali (anch'essa attuata fuori udienza, a seguito di ordinanza istruttoria che ritenga la causa matura per la decisione), udienza di discussione però solo eventuale, da fissarsi cioè su istanza di almeno una delle parti o, se ritenuto necessario, dal giudice (per acquisire chiarimenti, eventuali notizie rilevanti, o formulare *in extremis* una soluzione conciliativa non suscettibile di esser prospettata in un tempo antecedente).

In conclusione, la presente emergenza può effettivamente indurre a ripensare in modo più efficace e flessibile l'andamento del processo civile, tanto più attraverso le possibilità di organizzazione del lavoro offerte dalla consolle del magistrato.

4. La trattazione dell'udienza da remoto: rilievi critici per una (limitata) *pars destruens*.

La celebrazione di udienze da remoto non può, tuttavia, essere salutata come una forma apoditticamente benefica di risparmio di tempo ed energie, e, dunque, come l'ennesimo salto in avanti delle umani sorti e progressive della giustizia civile italiana.

In effetti, paiono troppo euforiche certe prese di posizione entusiasticamente a favore dell'udienza celebrata da remoto, e non in presenza congiunta nelle aule di udienza. Per il processo penale, il dibattito sul punto è rilevante e non bisogna cadere in semplificazioni (si veda, a questo proposito, la posizione sarcastica, ma con indubbi elementi di pregio, del presidente delle Camere penali italiane, Gian Domenico Caiazza, su *Il Riformista* del 4 aprile 2020 in relazione a un'intervista televisiva rilasciata dal Procuratore della Repubblica di Catanzaro, Nicola Gratteri).

Ma, più in generale, lascia perplessi la pressoché totale mancanza di consapevolezza culturale dell'impiego di dispositivi di connessione da remoto per l'organizzazione dell'attività di udienza. Recentemente, un pregevole commento a firma di Giovanni Tamburino è apparso sul sito "giustiziainsieme", dal titolo "Viaggio in Cina", dove, sulla premessa di non esprimere alcun giudizio di valore intorno al regime politico ivi esistente, l'autore mostra grande e incondizionato apprezzamento per la capillare rete di controllo dei residenti in Cina, grazie all'uso generalizzato di

dispositivi tecnologici per compiere pressoché ogni genere di attività umana, individuale e collettiva, diremmo[11].

L'autore esprime anche tutto il suo sconforto per il ritorno in Italia, e per le vetuste strutture informatiche del sistema giustizia. Come dargli torto? Abbiamo introdotto il processo civile telematico, abbandonando a se stesso i giudici civili di tutta Italia alle prese con penosi fai da te con un sistema ricco di limiti, qual è "consolle". Ma abbiamo anche sotto gli occhi i benefici del telematico, in termini di ottimizzazione delle risorse umane e dei tempi. Resta però la perplessità più ampia che mi preme evidenziare. Grazie agli studi inaugurati da McLuhan[12] e proseguiti pur da prospettive differenti da De Kerchove[13], ci è dato riflettere su questo, e cioè che la nuova struttura fondamentale, come un tempo l'alfabeto greco o la scrittura da sinistra a destra, è lo schermo connesso a internet.

Nell'articolo-intervista pubblicato sul Sole 24 ore il 29 marzo 2020 a firma di Luca De Biase, De Kerchove afferma: "*Ha conseguenze enormi, di portata simile e senso opposto all'alfabeto. Modifica la percezione, come suggeriva John Thackara, visionario del design. Modifica il cervello, come mostra Stanislas Dehaene, neuroscienziato. Ora siamo immersi nella conoscenza. Lo spettatore è lo spettacolo. I tempi si confondono, il passato e il presente sono meno distinti*". E ancora: "*Tutti i dati che si lasciano in rete sono ordinati, elaborati e analizzati per fornire informazioni, consigli, obblighi. Il doppio digitale è una rappresentazione della persona fisica che agisce nei diversi contesti, ricordando tutto. Questo 'machine learning personale" può diventare un liberatore o un grande inquisitore. C'è bisogno di discutere sui diritti umani e di aggiornarli in questo contesto*". L'articolo conclude, significativamente: "*Di certo, la connessione tra il cervello e lo schermo non può essere solo tecnologica. Avrà sempre bisogno di qualcuno che, come de Kerchove, la pensi in termini ecologici e culturali. Altrimenti gli umani subiranno, inconsapevoli, fino a che sarà troppo tardi*".

L'impatto culturale, conoscitivo, neuroscientifico dell'uso della piattaforma digitale per la celebrazione dell'udienza mi pare totalmente ignorato, in nome di un discorso soltanto tecnologico

[11] Repereibile su https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/936-viaggio-in-cina-di-giovanni-tamburino

[12] Basti qui citare *Gli strumenti del comunicare*, Il Saggiatore, 2015.

[13] Mi limito a segnalare, dell'autore: *La rete ci renderà stupidi?*, Castelvecchi, 2016, e *Dall'alfabeto a internet.* L'homme littéré*: alfabetizzazione, cultura, tecnologia*, Mimesis, 2007.

ed efficientista, riconducibile a una deriva burocratica che già ha prodotto, e continua a produrre, danni sullo svolgimento del lavoro professionale e intellettuale del giudice.

Se fossimo in Cina, dove non è necessario aggiornare alcun diritto umano, perché, semplicemente, non esiste alcuno, potremmo limitarci a vedere nel mondo digitale una questione solo tecnologica (e un formidabile dispositivo di potere e di controllo, direbbe Foucault); ma poiché, fortunatamente, non siamo in Cina, la magistratura deve interrogarsi in modo maturo, consapevole e culturalmente ricco sullo sviluppo dell'essere giudici, e del fare i giudici, tra consolle e mirabolanti udienze su Microsoft Teams. Non si tratta di non voler cambiare, ma di essere consapevoli di cosa, e come, effettivamente, profondamente, si sta cambiando. La Scuola Superiore della Magistratura è chiamata, in questo frangente, a una fondamentale sfida formativa. L'aggiornamento dei diritti umani dovrebbe infatti farci porre quanto meno due interrogativi: uno, sulla compatibilità di una regolamentazione affidata a decretazione ministeriale, decreti dei capi degli uffici, e protocolli vari, con la riserva di legge posta dall'art. 111 Cost. rispetto alla disciplina del processo[14]; due, sulla possibilità che si tengano insieme le udienze da remoto e l'udienza pubblica che l'art. 6 CEDU indica come ingrediente non proprio secondario per celebrare un processo giusto.

[14] A. Baracchi, *Le fonti del diritto alla prova dell'emergenza "coronavirus". Spunti di riflessione al dibattito sulla tenuta del sistema democratico*, reperibile su https://news.ilcaso.it/news_7444.

Alessio Scarcella

Come l'informatica giudiziaria aiuta al tempo del Coronavirus: una prima lettura delle disposizioni del d.l. 17 marzo 2020, n. 18

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'uso del collegamento da remoto: settore civile. - 3. L'uso del collegamento da remoto e della videoconferenza: settore penale. - 4. L'inspiegabile difformità rispetto alla giustizia amministrativa e contabile. - 5. L'intervento sul sistema delle notifiche. - 6. L'obbligatorietà della notifica presso il difensore all'imputato difeso di fiducia.

1. Premessa

La situazione di profonda emergenza sanitaria che il nostro Paese sta attraversando in questo periodo ha reso impellenti anche interventi straordinari sul settore giustizia, mirati al fine di garantire un efficace contenimento della diffusione del Coronavirus, non soltanto a tutela degli operatori direttamente coinvolti del settore (magistrati, avvocati, personale di cancelleria, ufficiali giudiziari) ma anche di tutti coloro che, da utenti del servizio giustizia, vengono a contatto con ambienti di lavoro potenzialmente a rischio. In questo contesto si è dovuto muovere il Legislatore dell'emergenza che, dapprima con il *d.l. 8 marzo 2020, n. 11*, aveva dettato le prime disposizioni volte a contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria. Sono poi seguite una serie di disposizioni di tipo organizzativo mediante atti di normazione secondaria (circolari, direttive, provvedimenti e note varie), volti a regolamentare e semplificare al massimo lo svolgimento dell'attività giudiziaria ed amministrativa, anche attraverso il potenziamento dell'attività "da remoto" con massimo sfruttamento dell'informatica giudiziaria. Si è giunti, infine, all'ultimo decreto legge, pubblicato la notte scorsa. Si tratta del *d.l. 17 marzo 2020, n. 18*, recante "*Misure di potenziamento del SSN e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*", composto da ben 127 articoli. Tra le disposizioni, alcune riguardano il settore giustizia. Si tratta, in particolare: a) dell'art. 83, rubricato «*Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare*»; b) dell'art. 86 rubricato «*Misure urgenti per il ripristino della funzionalità degli Istituti penitenziari e per la prevenzione della diffusione del COVID-19*»; c) dell'art. 119 recante «*Misure di sostegno per i magistrati onorari in servizio*»; d) dell'art. 123 recante «*Disposizioni in materia di detenzione domiciliare*»; e) infine, dell'art. 124 recante «*Licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà*».

Si analizzeranno, in questa sede, gli interventi che incidono sul settore dell'informatica giudiziaria *lato sensu* intesa.

2. L'uso del collegamento da remoto: settore civile

Il precedente d.l. n. 11/2020 aveva previsto un differimento urgente delle udienze e una sospensione dei termini nei procedimenti civili, penali, tributari e militari sino al 22 marzo 2020. Il rapidissimo mutamento del quadro epidemiologico in atto ha imposto la necessità ed urgenza di prorogare il termine fissato, non risultando lo stesso funzionale alle esigenze di contrasto dell'emergenza sanitaria in corso. Si è ritenuto pertanto, a seguito dei provvedimenti assunti dal Governo per contenere gli effetti dell'epidemia in corso, di dover prorogare il predetto termine del 22 marzo al 15 aprile 2020. È stata conseguentemente differita al 16 aprile 2020 la data a decorrere dalla quale i capi degli uffici giudiziari potranno assumere le misure organizzative per garantire la ripresa della funzionalità del servizio (misure indicate dall'art. 2 del d.l. n. 11/2020).

Per quanto qui di interesse, tra le misure organizzative che i capi degli uffici giudiziari potranno assumere a far data dal 16 aprile 2020 per garantire la ripresa della funzionalità del servizio, l'art. 83, comma 7, lett. f) - lettera richiamata peraltro dal comma 5 del medesimo articolo, ciò che facoltizza i capi degli uffici giudiziari all'adozione della relativa misura organizzativa anche "*nel periodo di sospensione dei termini e limitatamente all'attività giudiziaria non sospesa*" – introduce espressamente la previsione dello svolgimento delle udienze *civili* che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti 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 – precisa la norma - deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Da un punto di vista operativo, la disposizione stabilisce che prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti e al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, giorno, ora e modalità di collegamento. All'udienza il giudice dovrà quindi dare atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni sarò dato atto nel processo verbale.

A tale previsione, fa da *pendant*, la successiva, contemplata dalla lett. h) del medesimo comma 7 dell'art. 83 – si noti parimenti richiamata dal comma 5 del medesimo articolo, ciò che facoltizza i capi degli uffici giudiziari all'adozione della relativa misura organizzativa anche "*nel periodo di sospensione dei termini e limitatamente all'attività giudiziaria non sospesa*" – che in particolare facoltizza i capi degli uffici giudiziari dal 16 aprile 2020 a disporre lo svolgimento delle

udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice.

Si tratta, in entrambi i casi, di previsioni che ricalcano quanto già previsto dall'art. 2, comma 2, lett. f) e lett. h), del d.l. n. 11/2020. In sostanza, dunque, per tutte le udienze civili (che, per comodità espositiva, potremmo definire "non partecipate", quali, ad esempio, in Cassazione sono le cosiddette "adunanze camerali" nel nuovo rito regolato dagli artt. 380bis, nel nuovo art. 380-bis.1, e nel nuovo art. 380ter c.p.c.), che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti, vi è la possibilità di un massiccio ricorso al sistema di collegamento da remoto, ossia avvalendosi di un sistema informatico che consenta la partecipazione a distanza, qual è ad esempio il programma informatico, recentemente distribuito a tutti i magistrati ordinari denominato "*Teams*". Si tratta come è noto di un'applicazione software inclusa nel pacchetto Microsoft Office 365 ProPlus ed E1 (Circolare 25 febbraio 2020 - *Diffusione licenze Microsoft Office per il personale in servizio presso il Ministero della giustizia e gli Uffici giudiziari, prot. n. m_dg.DOG 07.25022020.0007048.U*), che può essere agevolmente installata sui PC portatili di ultima generazione in uso ai magistrati ordinari e che consente una "multivideo-audioconferenza" con possibilità di "ospitare" anche utenti esterni al "Team", dunque utilizzabile anche per lo svolgimento di attività di udienza cui siano "invitati" anche soggetti esterni all'Amministrazione, quali i difensori o le parti.

A questa disposizione è seguito una delibera DGSIA datata 10 marzo 2020 che stabilisce come nell'ipotesi prevista dall'art. 2, comma secondo, lett. f), del d.l. 8 marzo 2020, n. 11 (oggi riproposto, come già visto, dall'art. 83, comma 7, lett. f) del d.l.n. 18 del 2020), le udienze civili possono svolgersi mediante collegamenti da remoto organizzati dal giudice utilizzando i seguenti programmi attualmente a disposizione dell'Amministrazione e del Ministero della Giustizia (m_dg.DOG07.10/03/2020.0003413.ID; prot. DGSIA nn. 7359.U del 27 febbraio 2020 e 8661.U del 9 marzo 2020): a) *Skype for Business*; b) *Teams*. I collegamenti effettuati con i due programmi su dispositivi dell'ufficio o personali utilizzano infrastrutture di dell'Amministrazione della Giustizia o aree di *data center* riservate in via esclusiva al Ministero della Giustizia. La DGSIA ha recentemente inviato via mail a tutti i colleghi un *vademecum* in cui si propone la creazione di un *link* preconfezionato che crea una "stanza virtuale" (ossia una riunione su Microsoft) per ogni magistrato in servizio, alla quale invitare, copiando il relativo *link* in una semplice *mail* (o in

maniera più elaborata dal calendario Outlook, peraltro non integrato nella versione di Teams accessibile all'utente @giustizia.it). Vengono fornite anche semplici informazioni su come regolare l'accesso dei soggetti interessati (chiunque in possesso del *link*) alla stanza virtuale e su come escluderlo.

Infine, sull'argomento è intervenuto anche il Consiglio Superiore della Magistratura, che con una recente Delibera datata 11 marzo 2020 ha auspicato modalità partecipate delle decisioni dei capi degli uffici e, segnatamente quanto alle udienze civili, dopo aver raccomandato "di invitare i magistrati a disporre il rinvio con provvedimento telematico e non cartaceo, utilizzando i corretti modelli di differimento, eventualmente avvalendosi dei MAGRIF per la realizzazione o importazione in *consolle* del modello e del profilo corretto (un possibile modello di differimento verrà inserito sul sito *web* del Consiglio)", raccomanda quanto alle modalità di celebrazione delle udienze civili, ove possibile, di consentire l'esercizio da parte dei giudici della facoltà di cui all'art. 2, comma 2 lett. h), oggi, come detto, art. 83, co. 7, lett. f), d.l. n. 18/2020). Lo stesso Csm, inoltre, "considerato, che, nella contingente emergenza, il lavoro da remoto o telematico dei magistrati deve essere incentivato quale modalità prioritaria di esercizio delle funzioni giudiziarie, salva l'assoluta impossibilità tecnica", ha ritenuto necessario invitare il Ministero della Giustizia, la Scuola Superiore della Magistratura e la DGSIA, i RID e MAGRIF, per quanto di rispettiva competenza, a voler valutare: a) la modifica delle norme processuali allo scopo necessaria, in continuità con quanto già deliberato in data 5 marzo 2020; b) l'approntamento urgente di formazione *e-learning*, in collaborazione con il CSM ed in particolare con la STO; c) ogni intervento utile ad assicurare ai magistrati e al personale di cancelleria gli applicativi necessari e l'assistenza tecnica dedicata, con effettività e urgenza; d) l'attivazione urgente ai fini della predisposizione della strumentazione tecnica necessaria alla concretizzazione delle misure indicate dal D.L. e, in particolare, di quelle indicate dall'art. 2, comma 2 lett. f) e comma 7, che hanno ricevuto una prima attuazione con il provvedimento del Direttore Generale S.I.A. in data 10 marzo 2020; e) considerato, infine, che appare opportuno, nell'attuale contingenza, che i dirigenti consentano l'espletamento del tirocinio, ex art. 73 D.L. 69/2013 con modalità da remoto; ove ciò non sia possibile, favoriscano il recupero delle ore di tirocinio non svolte in un momento successivo alla piena ripresa delle attività, sì da evitare che ne venga posticipata la conclusione. Si segnala che, sul sito del Consiglio Superiore della Magistratura, sono reperibili alcuni utili file, ed in particolare: a) file modello decreto differimento udienza.doc modello decreto differimento udienza; b) alcuni file contenenti dei

modelli rinvio emergenza coronavirus e rinvio semplice; c) alcuni file contenenti dei modelli per il giudizio di appello per rinvii semplici e emergenza covid.

3. L'uso del collegamento da remoto e della videoconferenza: settore penale.

L'art. 87, comma 12, del d.l. 18/2020 ripropone la precedente previsione dell'art. 2, comma 7, del d.l. n. 11/2020, salvo ad estendere di un mese (dal 31 maggio al 30 giugno 2020), sempre "*ferma l'applicazione dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale*" (secondo cui "Il giudice dispone altresì che il dibattimento o alcuni atti di esso si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere alla pubblica igiene, quando avvengono da parte del pubblico manifestazioni che turbano il regolare svolgimento delle udienze ovvero quando è necessario salvaguardare la sicurezza di testimoni o di imputati"), la previsione secondo cui la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-bis del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, che detta norma in tema di *Partecipazione al dibattimento a distanza*.

Dunque, per quanto concerne il settore penale, l'uso della videoconferenza e del collegamento da remoto viene ad essere espressamente limitato dal decreto (sia nella fase emergenziale, sino al 15 aprile, sia nella fase potenzialmente "a regime" nel periodo 16 aprile – 30 giugno 2020) alle sole udienze in cui è prevista la partecipazione di "*persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare*".

Limite evidente, dunque, è dato dal fatto che la norma non prevede l'uso della videoconferenza o collegamenti da remoto per la partecipazione ad udienze penali, sia pubbliche che in camera di consiglio (fermo restando che, in queste ultime, la partecipazione delle parti è facoltativa: art. 127, comma 3, c.p.p.), in cui l'indagato o l'imputato è a piede libero o sottoposto a misura di custodia cautelare non detentiva. La norma del d.l., infatti, sembra limitare tale modalità partecipativa ai soli imputati in stato di custodia cautelare detentiva, rispondendo del resto ciò alla complessiva *ratio* della norma emergenziale quale emerge dalla *relazione di accompagnamento* al decreto legge, ma soprattutto dalla previsione che per le udienze penali in cui sono applicate o richieste misure di sicurezza detentive o applicate misure cautelari, si applica il rinvio a meno che

l'imputato, il detenuto o i loro difensori chiedano espressamente di svolgere l'udienza (e per tali udienze il regime applicabile ai procedimenti a carico di minorenni viene equiparato a quello dettato per i procedimenti a carico dei maggiorenni). Il riferimento alla "applicazione" di misure cautelari e, soprattutto alla condizione prevista per la celebrazione dell'udienza penale (ossia che l'imputato, il detenuto o i loro difensori chiedano espressamente di celebrarla) sembrerebbe lasciar intendere che la possibilità dell'uso della videoconferenza o della possibilità di collegamento da remoto sia limitata esclusivamente alle udienze con indagato i imputati in stato di custodia cautelare detentiva inframuraria.

Il problema, peraltro, è ancora maggiore per la Corte di Cassazione, Ufficio a giurisdizione nazionale, in cui la totalità delle udienze pubbliche (o camerali cosiddette partecipate, ossia quella in cui è prevista la partecipazione dei difensori) non prevede l'obbligatoria presenza del difensore (il ricorrente, infatti, non deve comparire, né ha rilevanza un suo impedimento), il quale tuttavia ha diritto di essere sentito.

4. L'inspiegabile difformità rispetto alla giustizia amministrativa e contabile.

Tanto premesso con riferimento alla disciplina dettata dal d.l. con riferimento alla tenuta delle udienze, civili e penali, non può non essere tuttavia rilevata l'inspiegabile difformità di disciplina rispetto a quanto previsto per lo svolgimento delle udienze davanti alla magistratura amministrativa e contabile.

Ed infatti, gli artt. 84 e 85 del d.l. n. 18/2020 consentono un massiccio ricorso a tali modalità partecipative per le udienze davanti alla magistratura amministrativa e contabile (che si svolgono ovviamente con soggetti liberi nella persona), dunque non si comprende perché non si sia pensato ad estendere in via generale – pur con le comprensibili diversità di riti – a tutte le udienze civili e penali (e, a maggior ragione, davanti alla Corte di Cassazione, dove la partecipazione del difensore non è nemmeno obbligatoria e dove la parte non deve comparire personalmente, tant'è che un eventuale impedimento a comparire del ricorrente non ha alcun rilievo, non comportando il rinvio dell'udienza: Sez. 6, n. 19012 del 28/03/2017 - dep. 20/04/2017, Besana, Rv. 269877).

Analizzando, infatti, l'art. 84, d.l. n. 18/2020 balza subito agli occhi dell'interprete la previsione di cui al comma 6 a tenore della quale "*6. Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge*". Tale previsione è

collegata a quella del comma 5 dell'art. 83 che, in particolare, stabilisce, per il periodo successivo al 15 aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020, che, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omesso ogni avviso. Viene fatta salva la facoltà per le parti di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione.

Dunque, viene garantita per il giudizio amministrativo non solo l'obbligatorietà (e non la semplice possibilità) che per tutte le udienze "pubbliche e camerali" siano definite senza discussione orale sulla base degli atti, ma anche, quale modalità ordinaria di svolgimento della camera di consiglio tra i componenti del collegio giudicante, quella del collegamento da remoto, con espressa equiparazione del luogo (si badi bene, qualsiasi luogo) da cui si collegano magistrati e personale amministrativo, come "camera di consiglio a tutti gli effetti di legge". In buona sostanza, un'autorizzazione espressa per i magistrati amministrativi a fare della propria abitazione una camera di consiglio *ex lege*, preservando giustamente la loro salute e quella dei loro familiari. Singolare che non si sia pensato a quella dei magistrati ordinari, quantitativamente superiori ai cugini amministrativi e, quindi, maggiormente esposti quantomeno come entità numerica al rischio di contagio, essendo essi sì costretti a spostarsi.

Non si comprende pertanto perchè analoga previsione non sia stata prevista per i giudizi civili e penali, quantomeno con riferimento ai provvedimenti esitati a seguito di udienze facoltativamente partecipate – quali le udienze camerali - ciò che sarebbe stato possibile ad esempio in materia penale mediante una deroga al disposto dell'art. 127, commi 3 e 4, c.p.p., o alle decisioni assunte dalle Corti d'appello a norma dell'art. 599, c.p.p., salva ovviamente la necessità di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, o, ancora, ed a maggior ragione, per le udienze camerali non partecipate ex art. 611, c.p.p. o per le udienze camerali previste ex art. 610, c.p.p. presso la Corte di cassazione, tutte udienze che non prevedono nemmeno la comparizione dei difensori.

Venendo, poi, alla giustizia contabile, viene in rilievo l'art. 85, comma 3, lett. e), che consente ai vertici istituzionali degli uffici territoriali e centrali, di prevedere lo svolgimento delle udienze che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti, ovvero delle adunanze che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai rappresentati delle amministrazioni, *mediante collegamenti da remoto*, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva

partecipazione all'udienza ovvero all'adunanza, anche utilizzando strutture informatiche messe a disposizione da soggetti terzi o con ogni mezzo di comunicazione che, con attestazione all'interno del verbale, consenta l'effettiva partecipazione degli interessati. Norma, questa, che si collega poi alla previsione, di tenore analogo a quella prevista per i giudizi amministrativi, del comma 5 del medesimo art. 85, il quale stabilisce che successivamente al 15 aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020, in deroga alle previsioni del codice di giustizia contabile, *tutte le controversie pensionistiche* fissate per la trattazione innanzi al giudice contabile in sede monocratica, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione senza discussione orale, sulla base degli atti depositati. Anche in questo caso, fatta salva la facoltà per le parti di presentare brevi note e documenti sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione e con previsione per il giudice, una volta trattata la causa, di pronunciare immediatamente sentenza, dandone tempestiva notizia alle parti costituite con comunicazione inviata a mezzo di posta elettronica certificata.

5. L'intervento sul sistema delle notifiche.

Il d.l. n. 18/2020 interviene anche sul tema delle notificazioni sia in materia civile che penale.

Per quanto concerne le notificazioni in materia civile, viene in rilievo il disposto dell'art. 83 comma 11, che stabilisce come dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, negli uffici che hanno la disponibilità del servizio di deposito telematico, anche gli atti e documenti di cui all'articolo 16-bis, comma 1-bis (*Obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali*), del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, sono depositati esclusivamente con le modalità previste dal comma 1 del medesimo articolo. La norma specifica che gli obblighi di pagamento del contributo unificato di cui all'articolo 14 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, nonché l'anticipazione forfettaria di cui all'articolo 30 del medesimo decreto, connessi al deposito degli atti con le modalità previste dal periodo precedente, sono assolti con sistemi telematici di pagamento anche tramite la piattaforma tecnologica di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

Ha carattere innovativo, invece, l'impianto delineato dai commi 13,14 e 15 dell'art. 83 per il processo penale.

Tali disposizioni introducono, infatti, deroghe al sistema delle notificazioni e delle comunicazioni attualmente previsto dal codice di procedura penale, al fine di consentire agli uffici giudiziari, nella situazione di emergenza che ha imposto il rinvio d'ufficio delle udienze per la

trattazione di affari penali non urgenti nonché le ulteriori misure previste dai dd.ll. nn.ri 9 e 11 del 2020, di comunicare celermente e senza la necessità di impegno degli organi notificatori i provvedimenti destinati alla comunicazione alle parti processuali delle date delle udienze fissate in ragione del rinvio d'ufficio o di qualsiasi altro elemento dipendente dai provvedimenti adottati ai sensi dei decreti legge sopraindicati.

In questo senso, si è imposto il ricorso al sistema di notificazioni e comunicazioni telematiche - già previsto e disciplinato dal d.l. n. 179 del 2012, convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 - quali modalità di partecipazione dei provvedimenti sopra descritti e di qualsivoglia avviso agli stessi connesso. Al fine di agevolare la funzionalità dei sistemi e l'efficienza dei servizi il d.l. n. 18 del 2020, ha ritenuto necessario prevedere la possibilità di ricorrere a ulteriori strumenti telematici individuati dalla Direzione generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, anche al fine di favorire uffici che già hanno adottato sistemi telematici alternativi.

Viene anche prevista la possibilità per tutti gli uffici giudiziari di accedere al Sistema di Notificazioni e Comunicazioni telematiche penali, anche ove non siano state richieste le verifiche funzionali all'adozione dei decreti ministeriali previsti dall'articolo 16, comma 10 lettere a) e b), del menzionato d.l. n. 179 del 2012.

6. L'obbligatorietà della notifica presso il difensore all'imputato difeso di fiducia.

Al fine di rendere effettivamente gestibile il notevole carico di lavoro imposto alle cancellerie per le comunicazioni e le notificazioni dei provvedimenti di rinvio (o degli altri provvedimenti previsti e disciplinati dai decreti legge citati), si deroga al sistema di notificazioni previsto per tutti gli atti processuali penali introducendo, per la notificazione dei provvedimenti specificamente disciplinati dai decreti legge adottati per far fronte all'emergenza sanitaria in atto, la notifica *ex lege* presso il difensore di fiducia dell'imputato e di tutte le parti private, da effettuarsi tramite invio all'indirizzo di posta elettronica certificata di sistema. In sostanza, fino al 30 giugno 2020 è sospesa ai fini della validità delle notifiche l'efficacia delle dichiarazioni ed elezioni di domicilio, ed, in generale, delle disposizioni di cui agli artt. 148 ss. cod. proc. pen., segnatamente con particolare riferimento alla possibilità di rifiuto della notifica da parte del difensore ex art. 157, comma 8-bis, cod. proc. pen.

Fa eccezione, ovviamente, il caso di indagato od imputato assistito da un difensore d'ufficio, per il quale continuerà ad avere applicazione il regime codicistico ordinario.

Cesare Parodi

Nulla è più legittimo della necessità. Prime note al d.l. 8 marzo 2020, n. 11 in tema di giustizia e contrasto al COVID-19.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il rinvio delle udienze. - 3. I termini processuali. - 4. La "fase due" sino al 31 maggio 2020. - 5. Prescrizioni e decadenze. - 6. Le disposizioni sui detenuti

1. Premessa

Con il Decreto Legge 8 marzo 2020, n. 11 "*Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*" (G.U. serie Generale n.60 del 08-03-2020) , in vigore dal giorno della pubblicazione- ossia dal 8/3/2020 - il governo ha fornito una risposta globale all'emergenza sanitaria che sta colpendo il paese Una risposta 360 gradi per tutti i settori delle giustizia, condizionata nella sua esecuzione e nei suoi esiti da quella che potrà essere l'evoluzione della situazione. Poche volte i termini "straordinarie ed urgenti" con le quali le misure sono state indicate risultano così drasticamente calzanti rispetto alla realtà per le quale le stesse sono destinate.

Se è evidente ed espressa l'esigenza di "*assicurare, mediante le predette misure urgenti, per quanto possibile, continuità' ed efficienza del servizio giustizia*" è ancora più evidente quanto nel decreto non poteva essere altrettanto chiaramente scritto. Esiste una precisa priorità confermata, a distanza di meno di due giorni dall'estensione all'intero territorio nazionale della "zona rossa": contrastare con quanto più efficacia possibile la diffusione del virus.

Pur nel rispetto delle esigenze generali del sistema giustizia e dell'esercizio del diritto di difesa- in tutte le sue forme – è ragionevole pensare che in questo momento- e sino a quado la fase emergenziale non sia cessata- questa debba essere la chiave di lettura dell'intero impianto normativo e che- in funzione di queste priorità - debbano essere risolti eventuali dubbi ermeneutici. Il richiamo alla nota espressione "Nulla è più legittimo della necessità" non deve suonare in questa sede come una formula retorica, ma come indicazione di un preciso limite a quelle che - normalmente- sono le possibilità di "scelta" tra varie opzioni. In questo caso, la scelta potrebbe non essere praticabile.

Inutile poi, in questo momento, attardarsi in sterili valutazioni sulla tempestività ed efficacia del presente provvedimento. Lasciamo le valutazioni agli epidemiologi, agli economisti per altri aspetti, agli storici se sarà necessario.

Il decreto fornisce precise indicazioni (art. 3 e 4) anche per la giustizia amministrativa e contabile. Nella presente sede si provvede a una prima sintetica e rapida ricognizione sugli aspetti

penali e civili. Per altro, le disposizioni del decreto si applicano, in quanto compatibili, altresì ai procedimenti relativi alle commissioni tributarie e alla magistratura militare.

2. Il rinvio delle udienze

In termini generali l'art. 1 disciplina il "*differimento urgente delle udienze e sospensione dei termini nei procedimenti civili, penali, tributari e militari*". In particolare, è previsto il rinvio di ufficio dal 9 marzo e sino al 22 marzo 2020 delle udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari, con le eccezioni indicate all'articolo 2, comma 2, lettera g), a data successiva al 22 marzo 2020.

Le eccezioni menzionate – rispetto al criterio generale di cui all'art. 2, che stabilisce una previsione di un rinvio a data successiva al 31 maggio 2020 nei procedimenti civili e penali- riguardano:

in sede civile le cause seguenti:

- di competenza del tribunale per i minorenni relative alle dichiarazioni di adottabilita', ai minori stranieri non accompagnati, ai minori allontanati dalla famiglia ed alle situazioni di grave pregiudizio;

- relative ad alimenti o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità;

- nei procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona;

- nei 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;

- nei procedimenti di cui all'articolo 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833; nei procedimenti di cui all'articolo 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194;

- nei procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari;

- nei procedimenti di convalida dell'espulsione, allontanamento e trattenimento di cittadini di paesi terzi e dell'Unione europea; nei procedimenti di cui all'articolo 283, 351 e 373 c.p.c., in genere, in 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;

in sede penale le seguenti udienze:

- convalida dell'arresto o del fermo

- dei procedimenti nei quali nel periodo di sospensione scadono i termini di cui all'articolo 304 c.p.p.

- nei procedimenti in cui sono state richieste o applicate misure di sicurezza detentive

Nel caso in cui detenuti, gli imputati, i proposti o i loro difensori espressamente richiedono che si proceda, altresì le seguenti:

a) udienze nei 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;

b) udienze nei procedimenti in cui sono state applicate misure cautelari o di sicurezza;

c) udienze nei procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione o nei quali sono state disposte misure di prevenzione;

d) udienze nei procedimenti a carico di imputati minorenni;

Infine, nei 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.

3. I termini processuali

Di grande rilievo anche l'indicazione del comma 2 dell'art. 1, in base alla quale dal 9 marzo 2020 e sino al 22 marzo 2020 sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti indicati al comma 1, ferme le eccezioni richiamate. Ove il decorso abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo.

4. La "fase due" sino al 31 maggio 2020.

L'art. 2 del decreto (rubricato "Misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia") affronta il problema del periodo immediatamente successivo al 22 marzo 2020, demandando ai capi degli uffici giudiziari la possibilità di intraprendere iniziative- tipizzate dal decreto – funzionali a fronteggiare l'emergenza sanitaria e in particolare a contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, a decorrere dal 23 marzo e fino al 31 maggio 2020 (per altro, ferma l'applicazione delle previsioni di cui al decreto-legge 2 marzo 2020 n. 9) in particolare " *al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone"*.

Una scelta particolare, laddove è previsto un'iniziativa demandata nelle singole sedi, previo concerto con altri soggetti, che tuttavia non pare poter garantire quell'uniformità di intervento sul territorio nazionale che- dopo l'estensione della zona rossa- parrebbe, al contrario, indispensabile.

Nello specifico, le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, decisioni dovranno essere assunte in base a un meccanismo complesso e in particolare:

- sulla base delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della salute, anche d'intesa con le Regioni, dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, dal Ministero della giustizia e delle prescrizioni di cui all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020

- sentiti l'autorità sanitaria regionale, per il tramite del Presidente della Giunta della Regione e il Consiglio dell'ordine degli avvocati

- per gli uffici diversi dalla Corte suprema di cassazione e dalla Procura generale presso la Corte di cassazione, d'intesa con il Presidente della Corte d'appello e con il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello dei rispettivi distretti.

Le misura a disposizione dei capi degli uffici sono di varia natura e possono essere concretamente applicate – per come sono state formulate – con altrettanto varie modalità (e, conseguentemente con ancora più varia efficacia); in particolare sono state previste le seguenti misure

- la limitazione dell'accesso del pubblico agli uffici giudiziari, garantendo comunque l'accesso alle persone che debbono svolgervi attività urgenti;

- la limitazione, sentito il dirigente amministrativo, dell'orario di apertura al pubblico degli uffici anche in deroga a quanto disposto dall'articolo 162 l. 1196/1960, ovvero, in via residuale e solo per gli uffici che non erogano servizi urgenti, la chiusura al pubblico;

- la regolamentazione dell'accesso ai servizi, previa prenotazione, anche tramite mezzi di comunicazione telefonica o telematica, curando che la convocazione degli utenti sia scaglionata per orari fissi, nonche' l'adozione di ogni misura ritenuta necessaria per evitare forme di assembramento;

- l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze;

- la celebrazione a porte chiuse, ai sensi dell'articolo 472, comma 3, c.p.p., di tutte le udienze penali pubbliche o di singole udienze e, ai sensi dell'articolo 128 cp.c., delle udienze civili pubbliche;

-la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti 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 deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. [1]

- la previsione del rinvio delle udienze a data successiva al 31 maggio 2020 nei procedimenti civili e penali, con le eccezioni indicate al punto in tema di rinvio delle udienze

- lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice.

SI tratta di un pacchetto di provvedimento assai ampio, che, indubbiamente, almeno in astratto, potrebbero garantire una risposta efficace. Resta da capire, tuttavia, per gli aspetti correlati a strumenti telematici o a collegamenti in remoto, se e in quali termini gli stessi siano concretamente praticabile sull'intero territorio nazionale.

Su questo aspetto, per altro, l'art. 2 comma 6 stabilisce che dal 9.3.2020 e fino al 31 maggio 2020, negli uffici che hanno la disponibilità del servizio di deposito telematico anche gli atti e documenti di cui all'articolo 16-bis, comma 1-bis, d.l. 179/2012, n. 179, convertito dalla l. 221/2012 sono depositati esclusivamente con le modalità previste dal comma 1 del medesimo articolo. Gli obblighi di pagamento del contributo unificato di cui all'articolo 14 d.P.R. 115/2002, nonchè l'anticipazione forfettaria di cui all'articolo 30 del medesimo decreto, connessi al deposito degli atti

[1] Stabilisce la norma che " Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti ed al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, giorno, ora e modalità di collegamento. All'udienza il giudice da' atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale"

con le modalita' previste dal periodo precedente, sono assolti con sistemi telematici di pagamento anche tramite la piattaforma tecnologica di cui all'articolo 5, comma 2, d.lgs. 82/2005

5. Prescizioni e decadenze

Il decreto contiene una specifica disposizione – per il periodo da 23.3.2020 sino al 31.5.2020 - con riguardo alla decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza dei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento delle attività precluse dai provvedimenti dei capi degli uffici esaminati al punto precedente. In questo senso, per il periodo di efficacia di tali provvedimenti "che precludano la presentazione della domanda giudiziale" è sospesa la decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza dei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento di tali attività.

Analogamente ai fini del computo di cui all'art. 2 della Legge Pinto (l. 89/2001)

nei procedimenti nei quali le udienze sono rinviate a norma del presente articolo non si tiene conto del periodo decorrente dalla data del provvedimento di rinvio dell'udienza alla data della nuova udienza, sino al limite massimo di tre mesi successivi al 31 maggio 2020.

Entrambe tali disposizioni si applicano anche ai procedimenti nei quali le udienze sono rinviate a norma del comma 1 del d.l. 11/2020.[2]

In sede penale è stata prevista – art. 2 comma 4 d.l.11/2020 la sospensione del corso della prescrizione e dei termini di cui agli articoli 303, 309, comma 9, 311, commi 5 e 5-bis, e 324, comma 7, c.p.p. e agli articoli 24, comma 2, e 27, comma 6, d.lgs 159/2011- in tema di misure di prevenzione - "*per il tempo in cui il procedimento è rinviato ai sensi del comma 2, lettera g), e, in ogni caso, non oltre il 31 maggio 2020*"

6. Le disposizioni sui detenuti

Precise e stringenti anche le disposizioni aventi a oggetto detenuti, tutte finalizzate a evitare contatti diretti con altre persone.

In particolare il decreto ribadisce la possibilità ex art 372 comma 3, c.p.p. di disporre che " *il dibattimento o alcuni atti di esso si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere alla pubblica igiene…";* nondimeno, dal 9.3.2020 e sino alla data del 31 maggio 2020, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare deve essere

[2] Resta ferma l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 10 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9.

assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 146-bis d.lgs. 271/989.

Per analoghe ragioni, per il periodo dal 9.3.2020 al 22.3.2020, negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni, i colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati a norma degli art. 18 l. 354/1975, n. 354, 37 d.P.R. 230/2000, n. 230, e 19 d.lgs 121/2018, sono svolti a distanza, mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile o mediante corrispondenza telefonica, che può essere autorizzata oltre i limiti di cui all'art. 39, comma 2, d.P.R. 230/2000 e all'art. 19, comma 1, d.lgs. 121/2018.

Infine, dal 9.3.2020 al 31.5.2020 è stata riconosciuta alla magistratura di sorveglianza "*tenuto conto delle evidenze rappresentate dall'autorità sanitaria*" la facoltà di sospendere la concessione dei permessi premio di cui all'articolo 30-ter l. 354/1975, n. 354 e del regime di semilibertà ex art. 48 l. 354/1975 e del d.lgs. 121/2018.

Giancarlo Dominijanni

Validità dei provvedimenti firmati digitalmente, la loro utilizzabilità e conservazione nel fascicolo processuale cartaceo

A seguito dell'emergenza "coronavirus", si è diffusa la necessità dello "smart working" con la possibilità del personale amministrativo e dei magistrati di poter lavorare da casa.

In tale contesto, nel settore penale, si pone il problema della validità dei provvedimenti che il magistrato redige e sottoscrive con la firma digitale utilizzando la nuova tessera ministeriale e, attraverso quale strumento giuridico, gli stessi possano entrare nel fascicolo cartaceo con la stessa valenza probatoria del documento "originale" digitalmente sottoscritto.

Tale problema nasce perché, nel settore penale, a differenza di quello civile in cui vi è il PCT, il gestore documentale individuato dal Ministero nel T.I.A.P. -al di là della sua piena diffusione, avvio e utilizzo da parte di tutti gli uffici giudiziari- risulta carente del passaggio normativo che porti all'abbandono del doppio binario e individui il T.I.A.P. quale unico sistema di gestione degli atti del processo penale.

Tale carenza pone un problema di conservazione e deposito, del documento "originale" sottoscritto digitalmente, nel fascicolo cartaceo che tutti gli uffici giudiziari devono ancora gestire.

Nelle circolari, che si sono susseguite in questi giorni, è stata data l'indicazione della possibilità di sottoscrivere un provvedimento cartaceo (cd. analogico), trasformarlo in PDF, trasmetterlo con la propria mail istituzionale alla Cancelleria, per poi successivamente depositare il documento "originale" per inserirlo nel fascicolo di pertinenza.

L'utilizzo della mail istituzionale offre la certezza che il documento trasmesso provenga dal titolare dell'utenza ma non che -chi lo trasmette- ne sia l'autore e, per tale ragione, occorre depositare successivamente il documento "originale" creato in analogico.

Il problema nasce, come detto, nel caso in cui l'originale del provvedimento è quello digitale che è stato sottoscritto con firma elettronica perché, in questo caso, la stampa di esso che verrà fatta è sempre una copia dell'originale, originale che -per il momento– non posso depositare non avendo

a mia disposizione il fascicolo digitale (ossia il TIAP in sostituzione del fascicolo cartaceo) per le ragioni prima esposte.

Allora, in questo caso, ci vengono in aiuto gli artt. 20 e 23 del codice dell'amministrazione digitale (C.A.D.).

Validità dei provvedimenti firmati digitalmente

L'art. 20, comma 1 bis, statuisce : "*Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità.*

La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida."

In poche parole, un documento PDF (formato che non è modificabile) sottoscritto con firma digitale, che può essere apposta utilizzando la nuova tessera ministeriale, fa piena prova fino a querela di falso.

Utilizzabilità e conservazione nel fascicolo processuale cartaceo

Poi, abbiamo l'art. 23, comma 1, che afferma: "*Le copie su supporto analogico di documento informatico, anche sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale da cui sono tratte se la loro conformità all'originale in tutte le sue componenti è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato".*

In altre parole, perché il nostro provvedimento digitalmente sottoscritto possa entrare nel fascicolo cartaceo, con lo stesso valore probatorio del documento "originale", è necessario che il cancelliere attesti – ex art. 23, comma 1, del CAD – che quel provvedimento ***"è copia conforme in tutte le sue componenti"*** al documento informatico.

Occorre aggiungere che, ai fini della verifica da parte del cancelliere che il documento firmato digitalmente ***"è copia conforme in tutte le sue componenti"***, la procedura da effettuare è molto semplice, basta scaricarsi un programma di gestione della firma digitale (io consiglio quello gratuito delle Poste italiane che si trova al link http://postecert.it/firma/download.shtml) e, una volta istallato sul PC e avviato, occorre utilizzare la funzione "verifica documento", rappresentata dal pulsante di spunta "√" ove, cliccando sullo stesso, consente l'allegazione del documento da esaminare avviando così il processo di verifica il cui esito confermerà o meno la validità della sottoscrizione digitale generando il seguente "rapporto di verifica" che, se si vuole, può essere stampato e allegato alla stampa del documento verificato.

firma OK! postecert

Rapporto di verifica

Rapporto generato in data 02/04/2020 alle 08:00:46 UTC.

Verifica effettuata alla data 02/04/2020 alle 08:00:23 UTC.

1. File esaminato: "*1822-20-signed.pdf*"

Il file *1822-20-signed.pdf* è un documento elettronico di tipo file PDF (Acrobat) firmato.
- Impronta del file: **72c96d171a204648f003ed4d32f65507c9be8dc071946a290436d32fc34aefe9**
- Algoritmo di impronta: **SHA256**

1.1 Schema di sintesi

Firmatario	Autorità emittente	Esito verifica
1) DOMINIJANNI GIANCARLO	ArubaPEC per CA di firma qualificata	✓

1.1.1 Firma n° 1 - DOMINIJANNI GIANCARLO

La firma è integra e valida

La firma rispetta la Determinazione 147/2019

Questa firma è stata apposta da **DOMINIJANNI GIANCARLO**, C.F./P.IVA **TINIT-DMNGCR67T16H456Z**, nazione **IT**.

Dettagli Certificato

- Common Name: **DOMINIJANNI GIANCARLO**
- Codice Fiscale / Partita IVA: **TINIT-DMNGCR67T16H456Z**
- Titolo: **Non disponibile**
- Organizzazione: **MINISTERO DELLA GIUSTIZIA**
- Nazione: **IT**
- Numero di serie: **74d6edc5cf1a5294cc443036b18ff561**
- Rilasciato da: **ArubaPEC per CA di firma qualificata**
- Usi del certificato: **Non repudiation (40)**
- Scopi del certificato: **1.3.6.1.4.1.29741.1.1.1, 1.3.76.16.6**
- Validità: dal **28/09/2019 alle 02:00:00** al **28/09/2029 alle 01:59:59**
- Stato di revoca: **Il certificato NON risulta revocato**
- Verifica OCSP: Verifica online effettuata in data **02/04/2020 alle 09:01:12**

(Per i dettagli sul certificato dell'autorità emittente fare riferimento a [1.A.1.1])

✓ **Il certificato ha validità legale**

Rapporto di verifica generato mediante l'applicazione firmaOK!

Pagina 1

Per estrapolare il rapporto di verifica dal programma e stamparlo, occorre selezionare l'ultimo pulsante in basso a destra della schermata.

In questo caso, non vi sarà la necessità di depositare successivamente alcun documento "originale" da parte del magistrato, in quanto già trasmesso con la propria mail istituzionale, il Cancelliere lo potrà stampare (apponendo su di esso il pervenuto e l'attestazione ex art. 23, comma 1, del CAD) e inserirlo nel fascicolo cartaceo di pertinenza.

Salvatore Casciaro

Prime riflessioni sull'udienza c.d. a trattazione scritta nel rito del lavoro (art. 83, co. 7 lett. h), D.L. 18/2020)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Linee guida del Csm agli uffici giudiziari. - 3. L'art. 83 lett. h) D.L. 18/2020, e sua compatibilità col rito del lavoro. - 4. Ambito applicativo. - 5. Il provvedimento fuori udienza: deposito del dispositivo. - 6. Una diversa lettura dell'art. 83 lett. h). -7. Termine per il deposito del provvedimento fuori udienza.

1. Premessa

Il D.L. n. 18 del 17 marzo 2020[1] ha previsto, all'art. 83, <<*Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare*>>, abrogando, al comma 22, gli articoli 1 e 2 del decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11. La relazione illustrativa al D.L. n. 18, cit., ha cura di precisare che l'articolo 83 ricomprende gli artt. 1-2 del precedente decreto-legge n. 11 del 2020 "…*riproponendone le disposizioni con alcuni adeguamenti nella formulazione al fine di chiarirne l'effettiva portata applicativa*".

L'impianto normativo mira ad assicurare, con misure transitorie ed eccezionali, una duplice esigenza: da un lato, sospendere o rinviare tutte le attività processuali allo scopo di ridurre al minimo le forme di contatto personale che favoriscono il propagarsi dell'epidemia e, dall'altro, neutralizzare gli effetti negativi che il massivo differimento delle attività processuali avrebbe potuto dispiegare sulla tutela dei diritti per effetto del decorso dei termini processuali[2].

Per il periodo dal 9 marzo al 15 aprile (termine ora prorogato all'11 maggio[3]) si stabilisce che le udienze civili siano rinviate d'ufficio, fatta eccezione per i procedimenti cautelari e urgenti come indicati al comma 3 lettera a) e, in genere, per quelli la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti[4]. In relazione all'attività giudiziaria

[1] Il D.L. 17 marzo 2020, n. 18, recante "*Misure di potenziamento del SSN e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*" è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 17 marzo 2020, ed è entrato in vigore lo stesso giorno.

[2] Così, quasi testualmente, la relazione illustrativa sull'art. 83.

[3] La proroga all'11 maggio è stata disposta dall'art. 36, co. 1, del decreto-legge 8 aprile 2020 n. 23 (in G.U. 8 aprile 2020 n. 94), entrato in vigore il giorno successivo alla pubblicazione.

[4] In tal caso, si chiarisce all'art. 83, comma 3 lett. a), 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*".

urgente, si precisa ancora, al comma 5, art. 83, cit., che i capi degli uffici giudiziari potranno adottare le misure di cui al comma 7, lettere da a) a f) e h).

Per il periodo compreso tra il 12 maggio al 30 giugno 2020 (c.d. fase 2, in cui verrà meno il *lockdown* dell'attività giudiziaria), il comma 6, art. 83 cit., come modif. dall'art. 36 co. 1 decreto legge n. 23/2020, prevede che i capi degli uffici giudiziari, sentiti le autorità sanitarie e i consigli dell'ordine degli avvocati, adottino le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie e delle prescrizioni adottate in materia, al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone. Mentre il comma 7 elenca poi, per assicurare le finalità di cui al comma 6, le specifiche misure nel novero delle quali, alla lettera h), è previsto *"lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice".*

È il caso di precisare, a riguardo, che l'art. 83 del decreto-legge n. 18, cit., pur richiedendo la previa interlocuzione dei capi degli uffici con i consigli dell'ordine degli avvocati, non contempla l'intesa con questi ultimi, com'è reso evidente dall'utilizzo (al comma 6) del predicato "sentiti". *A fortiori,* dopo l'emanazione del provvedimento organizzativo del capo dell'ufficio, non si richiede l'assenso dei difensori per l'adozione, nell'ambito della singola causa, della specifica misura della lettera h), ciò non dovrebbe escludere tuttavia che, in sede di sottoscrizione del protocollo a livello locale, il capo dell'ufficio possa decidere di condizionare la concreta applicazione delle misure organizzative alla previa manifestazione di consenso del difensore nella controversia.

L'ipotesi dell'udienza a c.d. trattazione scritta appare presumibilmente destinata ad avere larga applicazione pratica, consentendo la celere definizione di giudizi avviati alla fase conclusiva ovvero di quelli aventi natura meramente documentale.

2. Linee guida del Csm agli uffici giudiziari

Nella seduta del 26 marzo 2020, il CSM ha adottato la delibera plenaria 186/VV/2020[5], recante "Linee guida agli Uffici Giudiziari in ordine all'emergenza COVID 19", in cui si

[5] La delibera consiliare, che sostituisce integralmente le precedenti linee guida assunte il 5 e l'11 marzo 2020, si può leggere attivando il seguente link:

stabiliscono "*contingenti deroghe alla normativa ordinamentale vigente*"[6] in funzione della necessità di fronteggiare l'emergenza sanitaria in atto.

In allegato alla delibera in menzione si offre, onde favorire la stipula di protocolli uniformi sul territorio nazionale[7], il protocollo relativo alle udienze a c.d. trattazione scritta (lett. h), redatto a seguito di interlocuzione con la DGSIA (Direzione Generale dei Servizi Informativi Automatizzati) ed il CNF (Consiglio Nazionale Forense), chiarendone tuttavia la funzione di mero ausilio operativo per i capi degli uffici -chiamati a loro volta, a sensi del comma 7 lettera d) art. 83, cit., "*…all'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze*" previa interlocuzione con il locale consiglio dell'ordine degli avvocati- e per i magistrati nell'organizzazione delle attività giurisdizionali.

Tale protocollo reca, per il comma 7 lettera h), la seguente scansione di attività processuali[8].

"Attività preliminari all'udienza

1) Il giudice dispone che l'udienza venga svolta secondo le modalità previste dall'art. 83 lett. h del D.L. 18/2020 con provvedimento telematico, assegnando congruo termine, eventualmente differenziato per ciascuna parte, per il deposito telematico delle note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni;

2) la cancelleria provvederà a comunicare il provvedimento di assegnazione dei termini per le note ai difensori delle parti costituite e ad inserire nello "storico del fascicolo" l'annotazione "trattazione scritta";

3) considerato che lo scambio di note scritte risulta prospettato dalla norma quale modalità alternativa di "svolgimento" delle udienze civili, si potrà: a) mantenere la data di

---

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

[6] Le deroghe apportate si riferiscono alla circolare sulla formazione delle tabelle per il triennio 2017-2019 ed alla circolare del 18 giugno 2018, recante "*Disposizioni in materia di supplenze, assegnazioni, applicazioni e magistrati distrettuali per assicurare il regolare svolgimento della funzione giurisdizionale in presenza di difficoltà organizzative".*

[7] Nessuna interferenza, si puntualizza opportunamente nelle linee guida del C.S.M., si intende effettuare con l'attività di interpretazione delle norme, rimessa esclusivamente ai magistrati. Sicché le misure organizzative dei capi degli uffici dovranno contenersi entro tale limite invalicabile, mai trasmodando in un'attività esegetica della disciplina processuale rimessa, evidentemente, ai soli organi della giurisdizione.

[8] Con riguardo alla misura prevista dalla lettera h), si precisa, in altro passaggio della delibera consiliare, "*…che lo scambio di note scritte risulta prospettato dalla norma quale modalità alternativa di "svolgimento" delle udienze civili e che l'udienza comunque fissata costituirà, sia per le parti che per il giudice, il momento a partire dal quale dovrà essere adottato "fuori udienza" il provvedimento del giudice*".

udienza già fissata; b) stabilire una data di udienza anticipata o differita rispetto a quella originaria; c) fissare una data ex novo;

4) l'udienza comunque fissata costituirà, sia per le parti che per il giudice, il momento a partire dal quale dovrà essere adottato "fuori udienza" il provvedimento del giudice; se con detto provvedimento il giudizio non venisse definito, il giudice avrà cura di prendere i provvedimenti necessari all'ulteriore corso del giudizio, eventualmente fissando ulteriore udienza;

5) il giudice, alla data fissata, verifica la rituale comunicazione a cura della cancelleria del provvedimento di cui al punto 1); da quella data decorrono i termini di legge per l'assunzione dei provvedimenti istruttori (che conterranno l'indicazione della data dell'udienza di prosecuzione), ovvero di quelli decisori;

6) i difensori depositeranno in via telematica nel termine assegnato ai sensi del punto n. 1) note scritte, da denominarsi "note di trattazione scritta" (o dicitura similare), contenenti istanze e conclusioni, redatte nel rispetto dei principi di sinteticità e chiarezza, con un iniziale prospetto di sintesi dell'oggetto e della tipologia delle istanze (ad es. inibitoria; istanza ex art. 348 bis, ecc.), se del caso tramite rinvio a quelle già formulate in atto già depositato;

7) ove il fascicolo non sia interamente composto da documenti informatici e contenga atti difensivi cartacei, al fine di implementare il fascicolo informatico, il giudice potrà chiedere ai procuratori delle parti di depositare, ove nella loro disponibilità e in occasione del deposito della nota scritta di cui al punto 1), le copie informatiche degli atti di parte e dei documenti in precedenza depositati in forma cartacea, nei formati ammessi dalla normativa sul PCT;

8) per i magistrati onorari lo svolgimento dell'udienza con trattazione scritta andrà attestato dal Dirigente della cancelleria sulla base delle risultanze dei registri informatici (al fine della remunerazione).

Verranno predisposti e diffusi dal gruppo di lavoro "modelli consolle CSM/DGSIA/CNF" modelli appropriati per metterli a disposizione dei giudici attraverso la rete dei RID e la pubblicazione sul sito del CSM.

Verranno predisposti dal CNF e messi a disposizione degli avvocati modelli uniformi per la richiesta al giudice di procedere alla trattazione scritta dell'udienza ai sensi dell'art. 83 comma 7 lett. h)".

3. L'art. 83 lett. h) D.L. 18/2020, e sua compatibilità col rito del lavoro

L'articolo 83 co. 7 lett. h) fa riferimento "*alle udienze dei procedimenti civili*" e non contempla espressamente quelle di discussione proprie del rito del lavoro, ma queste debbono ragionevolmente comprendersi, quale *species* del più ampio *genus*, nelle "udienze civili".

Tale soluzione è supportata dall'interpretazione teleologica della disposizione, essendo infatti intenzione del legislatore, come emerge dalla rubrica dell'art. 83 e dalla relazione illustrativa al decreto-legge, estendere l'amplissima portata delle misure urgenti di contrasto all'intera "*materia della giustizia civile*"; ma anche dal rilievo di fondo che il processo del lavoro, sebbene "speciale", è in ogni modo un processo civile. Mancando una disposizione che sia specificamente adottata per conciliare, nello specifico ambito delle controversie di lavoro, la risposta all'emergenza sanitaria con la necessità di assicurare il servizio della giustizia, preservando quei presidi essenziali ed indifferibili da assicurare ai cittadini, troveranno *de plano* applicazione le disposizioni emergenziali approntate per il processo civile unitariamente considerato, ivi compresa la disciplina dell'art. 83 co. 7 lettera h).

Viene a delinearsi, con tale ultima previsione, una modalità di trattazione "alternativa" dell'udienza, quest'ultima nel rito del lavoro caratterizzata dai noti principi di oralità, concentrazione delle attività e immediatezza. Si predispone, per ridurre il rischio di diffusione del contagio, un rito emergenziale derogatorio rispetto a quello (civilistico e) lavoristico, donde l'elisione dell'udienza e la sua sostituzione con la trattazione scritta mediante scambio di memorie e successiva adozione "*fuori udienza del provvedimento*". Con tali misure organizzative si affronta il momento emergenziale, cessato il quale anche il rito del lavoro rientrerà nel suo alveo naturale nel rispetto del carattere precipuamente orale ad esso proprio.

4. Ambito applicativo

La disposizione limita l'ambito applicativo all'ipotesi di udienze *"...che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti"*.

Tale forma di "*trattazione scritta*" sarebbe, secondo taluni, incompatibile con la previsione della lettura del dispositivo in udienza, sicché per il rito del lavoro potrebbe adottarsi tale modalità di trattazione per le sole inibitorie (art. 431 c.p.c.) e per i licenziamenti

con rito c.d. Fornero in grado d'appello[9]. A mio avviso, andrebbero scongiurate prassi applicative che non appaiono adeguatamente sensibili all'evidente dato teleologico della norma.

La formula adoperata dal legislatore ("*svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice"),* e l'utilizzo della virgola per separare l'ultima locuzione, consentono di ritenere che l'adozione fuori udienza del provvedimento non sia presupposto di applicazione della misura di cui alla lett. h), ma solo modalità di adozione del provvedimento (istruttorio o decisorio).

Per le presumibili difficoltà a realizzare lo svolgimento delle udienze civili mediante collegamenti "da remoto", ai sensi del comma 7, lett. f) dell'art. 83, cit.[10], tramite gli applicativi messi a diposizione dalla DGSIA, è evidente che un'interpretazione fortemente restrittiva potrebbe produrre conseguenze abnormi, escludendo la possibilità di assicurare la tutela dei diritti mediante la prosecuzione dell'attività giudiziaria proprio in un settore, come quello del lavoro, in cui le esigenze di celerità sono semmai più avvertite. Senz'altro da preferire è, dunque, un approccio ermeneutico più duttile che consenta un utilizzo più esteso dell'udienza a c.d. trattazione scritta.

Se con riferimento al primo grado, l'udienza a trattazione scritta sembra tuttavia preclusa dalla previsione dell'art. 420 c.p.c, che include, quale fondamentale adempimento d'udienza, l'interrogatorio libero delle parti, la cui presenza è richiesta all'udienza di discussione, occorre allora domandarsi se sia possibile l'utilizzo di tale strumento alternativo laddove, terminata l'istruttoria, il giudice abbia rinviato per la definizione della lite ad altra udienza di discussione.

Propenderei per la soluzione affermativa, dovendosi guardare agli adempimenti da effettuarsi in concreto alla data udienza non all'astrattezza della previsione normativa dell'art. 420 c.p.c. regolante l'udienza di discussione nella sua globalità (da svolgersi anche con articolazione in più giorni delle attività fra loro frazionate e tuttavia considerate unitariamente).

---

[9] Cfr., sul punto, il decreto 13 marzo 2020 del Presidente della Corte d'appello di Milano anche se adottato in ottemperanza alla precedente disciplina dell'art. 2 co. 2 lett. h) del decreto legge n. 11 del 2020.

[10] Tale disposizione indica, quale concorrente misura organizzativa per "*lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti*", la celebrazione dell'udienza mediante collegamenti "da remoto" individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Sul collegamento "da remoto" nel settore civile, cfr. SCARCELLA, *Come l'informatica giudiziaria aiuta al tempo del coronavirus: una prima lettura delle disposizioni del d.l. 17 marzo 2020, n. 18,* in https://www.magistraturaindipendente.it/come-linformatica-giudiziaria-aiuta-al-tempo-del-coronavirus-una-prima-lettura-delle-dispo.htm.

Dubbi sussistono in ordine alla compatibilità dell'udienza a trattazione scritta con l'accertamento tecnico preventivo obbligatorio e in genere con i casi di conferimento di incarico peritale. Si potrebbe ritenere che la necessaria presenza del consulente tecnico d'ufficio in udienza, per il prescritto giuramento, sia circostanza ostativa all'applicazione della misura della "trattazione scritta", consentita per le sole udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti. A diversa conclusione si potrebbe pervenire, per contro, qualora si intendesse valorizzare la circostanza che la presenza in udienza per il giuramento del consulente d'ufficio, ausiliario del giudice, non è richiesta a pena di nullità, trattandosi di adempimento la cui mancanza integra una mera irregolarità, inidonea a determinare l'invalidità del verbale e del relativo conferimento dell'incarico, ostandovi il principio di tassatività delle nullità[11].

Sotto altro profilo, giova evidenziare che, una volta disposta la trattazione scritta a sensi della lettera h), non dovrebbero poter operare le disposizioni degli artt. 181-309 c.p.c., le quali suppongono lo svolgimento dell'udienza e la mancata comparizione delle parti al cospetto del giudice, come pure non dovrebbe trovare attuazione la disposizione dell'art. 130 c.p.c., poiché la redazione del processo verbale è attività afferente all'udienza, qui non celebrata. Non pare potersi parlare (come taluno pure ha sostenuto[12]) di "udienza figurata", quasi essa fosse comunque tenuta, sia pure con modalità diverse, in modo da estendere incongruamente alla "trattazione scritta" il campo di applicazione delle disposizioni dettate per l'inattività delle parti.

Nello stesso ordine di idee, non può a mio avviso operare la disciplina dell'art. 348 c.p.c., la quale prevede, in ossequio al principio dispositivo, l'emissione di pronuncia di improcedibilità in conseguenza dell'inerzia dell'appellante che, non comparendo alla prima udienza di discussione e a quella, successiva, fissata a sensi della citata disposizione, manifesta con ciò la volontà di non voler più "coltivare" il giudizio. La valutazione (legale tipica) del venir meno della volontà dell'appellante di conseguire l'accoglimento del ricorso non può essere desunta, a mio avviso, in difetto di specifica previsione, dalla sola inerzia nel partecipare alla trattazione scritta, inerzia che potrebbe trarre peraltro spiegazione, certo

[11] Cass., 6 luglio 2011, n. 14906, ed ivi per ulteriori richiami giurisprudenziali.

[12] V. IONTA-CAROLEO, *Trattazione scritta. Un'impalcatura*, in https://giustiziainsieme.it/it/news/117-main/diritto-dell-emergenza-covid-19/916-l-udienza-civile-ai-tempi-del-coronavirus-comparizione-figurata-e-trattazione-scritta-art-2-comma-2-lettera-h-decreto-legge-8-marzo-2020-n-11. Su tale lunghezza d'onda il decreto 7 marzo 2020 del Presidente della Corte d'appello Brescia, il quale prevede l'applicazione, per l'ipotesi di mancato inoltro delle difese scritte nel termine assegnato per la trattazione scritta, degli artt. 348 e 309 c.p.c..

ragionevole, nel convincimento della adeguatezza delle difese già formulate. Ciò non escluderà comunque che l'inattività possa essere discrezionalmente valutata, attenendo al contegno della parte nel processo, come argomento di prova, ai sensi del secondo comma dell'art. 116 c.p.c., e pertanto, in quanto tale, solo come elemento aggiuntivo e integrativo rispetto alle risultanze dei veri e propri mezzi di prova già acquisiti in atti.

5. Il provvedimento fuori udienza: deposito del dispositivo

L'udienza a cui sono ammessi i difensori e le parti ("…*che possono assistere in silenzio, salvo che non ottengano dal giudice, a mezzo del proprio difensore, l'autorizzazione a interloquire*"[13]) è lo spazio di tempo nel quale, in un giorno determinato, sono chiamate e trattate tutte le cause fissate dinanzi a uno stesso giudice, ed è altresì lo spazio di tempo nel quale, in un giorno determinato, il giudice viene a trattare una certa causa[14]. L'udienza nel processo del lavoro, in primo grado come in appello, riceve il *nomen iuris* di udienza di discussione, in quanto vi si svolge, dopo le necessarie attività propedeutiche, la discussione orale, cui segue la fase di deliberazione della sentenza, con la lettura in udienza del dispositivo, che è il momento saliente del processo.

Occorre chiedersi cosa si intenda per "…*successiva adozione fuori udienza del provvedimento*" e, indi, valutare se tale "*provvedimento*" coincida con il dispositivo o con la sentenza per esteso. Secondo una prima linea interpretativa[15] il deposito del dispositivo, mantenendo (beninteso) fermo il riferimento temporale all'udienza di discussione originariamente indicata e mai celebrata, consentirebbe di armonizzare le disposizioni del rito emergenziale con le peculiarità del processo del lavoro dove la decisione della causa interviene quasi nei modi di una particolare "liturgia". L'esternazione formale ed immediata del *decisum* costituirebbe momento indefettibile siccome strettamente correlato al soddisfacimento delle esigenze di concentrazione e celere definizione del giudizio, che escludono qualsiasi soluzione di continuità tra la discussione della causa e la deliberazione della sentenza e tra questa e la pronuncia.

[13] Così testualmente l'art. 84 att. c.p.c..

[14] Cfr., in motivazione, una risalente pronuncia della S.C. (Cass., 18 giugno 1991, n. 6888).

[15] In tal senso sembrano orientarsi le Corti territoriali di Venezia, Torino, Brescia, Salerno, Bari e Catania; mentre una soluzione parzialmente difforme adotta il presidente della Corte d'appello di Roma, il quale dispone, nel decreto 6 aprile 2020, che anche le udienze ex art. 437 c.p.c. "…*vengano sostituite dal deposito di conclusioni in via telematica entro la data dell'udienza, e, mancando la discussione, dal deposito di note scritte ed eventuali repliche, con deposito telematico del dispositivo entro dieci giorni dalla scadenza dell'ultimo termine*".

Pur nella consapevolezza che la legislazione dell'emergenza deroga, sia pure temporaneamente, alle regole del rito del lavoro, si sostiene che queste ultime possano essere preservate o, almeno, non del tutto stravolte.

A riguardo si chiarisce poi che la disposizione dell'art. 83 comma 7 lettera h) fa riferimento al "*provvedimento*", e tale può certo definirsi il dispositivo, che è atto pienamente autonomo, il quale, stante l'impossibilità di darne solenne lettura, andrebbe comunque depositato subito dopo ("*fuori*") l'udienza a trattazione scritta. In tal modo il lavoratore vittorioso fruirebbe con immediatezza, qualora di tratti di dispositivo di condanna, del titolo esecutivo. È già peraltro diffusa prassi, in assenza delle parti e dei difensori al termine dell'udienza, procedere, anziché alla lettura del dispositivo nell'aula completamente deserta, al suo deposito in cancelleria subito dopo la deliberazione.

Le considerazioni e i rimedi suggeriti rispondono a esigenze sicuramente apprezzabili. Si perviene così a un'interpretazione della norma che, ferma la trattazione scritta, impone il deposito del dispositivo il giorno stesso dell'udienza, ancorché (quest'ultima) non sia stata celebrata.

6. Una diversa lettura dell'art. 83 lett. h) D.L. 18/2020

È lecito prospettare per il processo del lavoro una soluzione diversa.

La disciplina emergenziale regola infatti in modo succinto ma completo la sequenza delle attività proprie dell'udienza a c.d. trattazione scritta, assicurando la garanzia del contraddittorio, sicché non vi sarebbero ragioni per integrarne i contenuti *ab extra*, come esistessero lacune da colmare.

Giova altresì evidenziare che la mancata redazione (in via autonoma) del dispositivo potrebbe bensì riconnettersi, nell'ipotesi considerata, al provvedimento che dispone la "trattazione scritta" a sensi della lettera h) con applicazione della disciplina unitariamente disegnata per l'intero settore civile. L'espressione adoperata dal legislatore dell'emergenza, che delinea una trattazione della lite sulla falsariga del disposto dell'art. 281-*quinquies* c.p.c., disponendo l'adozione del provvedimento "*fuori udienza*", sembra infatti, anche lessicalmente, posporre la fase di deliberazione allo scambio delle difese scritte.

In tale prospettiva, potrebbe ragionevolmente sostenersi che il provvedimento con cui si dispone la trattazione scritta determina -per l'esigenza, motivata dall'emergenza

epidemiologica in atto, di sacrificare transitoriamente il principio dell'oralità che informa il processo del lavoro- un implicito, seppure temporalmente delimitato, mutamento del rito, ancorché per ragioni evidentemente eccezionali e diverse da quelle enunciate nell'art. 427 c.p.c.. Tale conclusione è sì plausibile, visto che per il passaggio dal rito del lavoro al rito ordinario non è, invero, necessario un provvedimento formale[16].

Rilievo, questo, che dovrebbe altresì arginare il rischio, avvertito dai fautori della tesi del necessario deposito del dispositivo nell'udienza a trattazione scritta, del dispiegarsi di effetti invalidanti sull'attività processuale altrimenti compiuta, trattandosi di nullità ricorrente soltanto nel caso in cui la relativa pronuncia venga emessa senza lettura del dispositivo secondo il rito del lavoro, il quale verrebbe qui invece derogato[17].

Diversamente opinando, laddove ci si orientasse per la redazione del dispositivo e (rispetto all'udienza prefissata) il suo successivo deposito, si finirebbe peraltro col "forzare" il dato letterale dell'art. 83 co. 7 lettera h), cit., norma che intende sostituire all'attività d'udienza la trattazione scritta.

Peraltro, la tesi dell'immediato deposito del dispositivo "fuori udienza" -nell'ambito della trattazione scritta a sensi della lettera h)- non sarebbe (a ben vedere) aderente alle caratteristiche proprie del rito del lavoro.

Invero, sia l'art. 429 co. 1 c.p.c. ("*All'udienza, il giudice, esaurita la discussione orale e udite le conclusioni delle parti, pronuncia sentenza con cui definisce il giudizio dando lettura del dispositivo e della esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*"), sia l'art. 437, co. 1, c.p.c. ("*Nell'udienza il giudice incaricato fa la relazione orale della causa. Il collegio, sentiti i difensori delle parti, pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo nella stessa udienza*"), stabiliscono, rispettivamente per il primo grado e per l'appello, che la lettura del dispositivo dopo la discussione è adempimento da svolgersi nell'udienza e in essa temporalmente racchiuso.

[16] Così Cass., 5 luglio 2019, n. 18048 secondo cui "*Per il passaggio dal rito del lavoro al rito ordinario non è necessario un provvedimento formale, a meno che gli atti non debbano essere messi in regola con le disposizioni tributarie o che si renda necessario un mutamento di competenza, ai sensi dell'art. 427 c.p.c. (Nella specie, la S.C. ha ravvisato un implicito e consentito mutamento del rito nel provvedimento con cui il giudice, adito con il rito del lavoro, applicabile ex art. 3 della l. n. 102 del 2006, ha invitato le parti a precisare le conclusioni, assegnando i termini di cui all'art. 190 c.p.c.)".*

[17] Si è chiarito in giurisprudenza che laddove difettino i presupposti del mutamento del rito, non si determinano profili di nullità della sentenza, posto che la mancata adozione del rito speciale per la trattazione di una controversia individuale di lavoro non determina, in via automatica, una ragione di nullità del procedimento e della relativa sentenza. *Ex multis*, Cass., 18 luglio 2008, n. 19942; Cass., 31 ottobre 2013, n. 24561; Cass., 27 gennaio 2015, n. 1448; Cass., 22 marzo 2018, n. 7199.

Se nessuno dubita che la lettura in udienza del dispositivo sia di fatto preclusa adottando la disciplina della lettera h), sarebbe conseguenziale concludere che anche la sua materiale (autonoma) redazione, nell'udienza c.d. a trattazione scritta, non sia richiesta né prevista.

7. Termine per il deposito del provvedimento fuori udienza

Altra questione che la nuova disciplina pone è quella legata al termine per il deposito del provvedimento da rendersi "fuori udienza", nessuna indicazione fornendo, a riguardo, la normativa dell'emergenza.

La soluzione appare strettamente legata alle diverse impostazioni suesposte.

Nel caso di deposito del solo dispositivo al termine dell'udienza a trattazione scritta, come in origine fissata, può farsi richiamo *de plano* alla disciplina degli artt. 429 o 430 c.p.c.. Seguendo invece il diverso indirizzo favorevole al deposito "*fuori udienza*" della sentenza per esteso, dovrebbe escludersi l'applicazione delle citate disposizioni. Andrebbe considerato infatti che il legislatore ha inteso trattare in modo uniforme per esigenze di semplificazione (l'art. 83 D.L., cit., parla infatti, ripetutamente, di "*procedimenti civili*" e "udienze *civili*", senza distinzioni di sorta) l'intero comparto civilistico, dove il dispositivo è mero atto interno (v. art. 276 co. 5 c.p.c.).

In tale prospettiva, che pone l'udienza a trattazione scritta nell'ambito delle misure previste per il settore civile nella sua interezza, la disposizione dell'art. 430 c.p.c., che fa riferimento per il primo grado e per l'appello (cfr. art. 438 co. 1) a una sentenza da depositarsi entro quindici giorni dalla "pronuncia", per tale intendendosi quella adottata, appunto, mediante lettura del dispositivo, non sarebbe, a mio avviso, utilmente richiamabile. Sicché, quanto al deposito della sentenza "fuori udienza", sarebbe forse più pertinente il rinvio alla disciplina civilistica, e segnatamente all'art. 281-*quinquies* c.p.c. (per il primo grado) e all'art. 352 c.p.c. (per l'appello), e ai relativi termini, rispettivamente di gg. 30 o 60, i quali inizierebbero a decorrere una volta spirati quelli assegnati alle parti per le note scritte a sensi della lettera h).

Non sembra, infine, percorribile la strada di considerare, per il deposito della sentenza "*fuori udienza*", il termine di gg. 10 previsto per il rito Fornero[18]. Trattasi di sentenza

[18] "*La sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione*" (così l'art. 1 co. 57-60 L. 28 giugno 2012, n. 92).

pronunciata dopo l'udienza in un procedimento regolato sì dal rito del lavoro, ma nelle sole ipotesi di licenziamento previste dall'art. 1, co. 47, legge 92/2012.

Angelo Napolitano

Le locazioni commerciali al tempo del covid-19

1.Il *lock down* e le locazioni commerciali

L'esigenza di contenere la diffusione della pandemia da covid-19 ha, com'è noto, portato il Governo a sancire la chiusura di una serie di attività commerciali, con il d.p.c.m. dell'11/3/2020.

Le misure di contenimento, oltre ad incidere sulle più essenziali libertà di cui siamo abituati a godere nella vita quotidiana, ha inciso anche sui rapporti giuridici che sono stati costituiti ai fini dell'esercizio di quelle attività, determinando la necessità di stabilire nella sfera giuridica di quale delle parti si sia verificata la sopravvenienza, imprevedibile al momento della conclusione del contratto, costituita dalla sospensione generalizzata *ope legis* dell'esercizio di varie categorie di attività commerciali e, di conseguenza, chi ne debba sopportare il peso.

Uno dei rapporti giuridici che vengono in rilievo è quello della locazione degli immobili ad uso commerciale: il *lock down* che ha coinvolto i conduttori di immobili adibiti all'esercizio delle attività commerciali sospese rischia di essere un detonatore di contenziosi giurisdizionali e, comunque, di innescare un conflitto tra categorie sociali la cui composizione non dovrebbe essere rimessa esclusivamente all'autonomia privata dei soggetti in gioco.

Lasciare che in tale materia il mercato e la libera contrattazione facciano il loro corso e consentano alle parti di raggiungere "miracolosamente" un punto di equilibrio in sede transattiva non sarebbe la scelta migliore: il rischio è che le parti deboli dei singoli rapporti siano lasciati, in una situazione di emergenza, alla mercé delle parti forti, e che gli esiti finali di una libera contrattazione dipendano esclusivamente dalla capacità e dalla volontà delle parti forti di "mettersi nei panni" delle parti deboli.

2. Le disposizioni emergenziali adottate finora

Occorre preliminarmente chiarire che l'unica norma che è stata emanata in relazione alla chiusura delle attività commerciali avvenuta ad opera del d.p.c.m. dell'11/3/2020 è contenuta nell'art. 65, comma 1, del d.l. n. 18 del 2020, in fase di conversione in legge, che ha previsto, per il 2020, un credito d'imposta a favore del conduttore di locali commerciali rientranti nella categoria catastale C/1, nella misura del sessanta per cento del canone relativo al mese di marzo 2020.

A parte la considerazione che si sono inspiegabilmente lasciati fuori dalla misura fiscale i soggetti che conducono in locazione commerciale unità immobiliari con diverse categorie catastali e che, nondimeno, sono stati obbligati a sospendere le attività a partire dal 12 marzo 2020 (palestre, cinema, teatri, negozi ubicati in centri commerciali), deve rilevarsi che dalla misura fiscale testé

indicata sembra evincersi che il legislatore non abbia voluto "intromettersi" nel rapporto tra le parti: lo Stato ha deciso di farsi carico del sessanta per cento del canone relativo al mese di marzo 2020, concedendo un *bonus* fiscale dello stesso ammontare al conduttore sotto forma di credito d'imposta.

Un'altra disposizione che in ipotesi potrebbe venire in rilievo è contenuta nel comma 6 bis dell'art. 3 del d.l. n. 6 del 2020, convertito in l. n. 13 del 2020, introdotto dall'art. 91 del d.l. n. 18 del 2020.

Il citato comma dispone: *"Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti"*.

Orbene, sembra che nessuna delle due citate disposizioni sia idonea a sterilizzare le ripercussioni che l'obbligo legale di sospensione delle attività commerciali nei locali condotti in locazione determina sul sinallagma dei rapporti locatizi in corso.

Un conto, infatti, è il rapporto tra il conduttore e il fisco; un altro conto è la dinamica dei rapporti contrattuali tra i privati (locatore e conduttore).

La circostanza che lo Stato riconosca un credito d'imposta pari al sessanta per cento del canone locatizio relativo al mese di marzo 2020, a ben vedere, lascia impregiudicata la questione se la legge civile attribuisca al conduttore il diritto ad una riduzione del canone (ed eventualmente ad un esonero dal relativo pagamento) relativamente al periodo di tempo in cui egli sia stato costretto, per *factum principis*, a tenere chiusa la sua attività commerciale.

La cennata questione, inoltre, è lasciata impregiudicata anche dalla alquanto sibillina disposizione di cui al trascritto comma 6 bis dell'art. 3 del d.l. n. 6 del 2020, convertito in l. n. 13 del 2020.

Inoltre, a rigore, se si ha riguardo alla prestazione del conduttore di pagare il canone nei termini pattuiti, deve dirsi che non vi sarebbe alcuna ragione per valutare il rispetto delle misure di contenimento (o, come anche sogliono chiamarsi, di distanziamento sociale) quale causa di esclusione della responsabilità del conduttore per omesso o ritardato pagamento del canone.

Oggi, infatti, per l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie non è necessario recarsi fisicamente in banca o consegnare un assegno bancario al locatore o portargli il contante: basta avvalersi del servizio di *home banking* messo a disposizione, tramite una connessione internet, da qualsiasi istituto di credito ai propri correntisti.

Probabilmente, uno spazio per l'operatività della disposizione potrebbe aprirsi nel caso, statisticamente marginale, in cui il conduttore del locale commerciale, per ragioni anagrafiche, non abbia dimestichezza con strumenti elettronici di pagamento a distanza. Tuttavia, anche in una tale remota evenienza la disposizione non rileva ai fini della risoluzione della questione se la sospensione delle attività commerciali esercitate in locali condotti in locazione incida o meno sul sinallagma contrattuale e, se sì, in quale misura e con quali effetti.

In ogni caso, considerato lo stato di incertezza nel quale sono venuti a trovarsi i rapporti di locazione commerciale, con riferimento all'obbligo in capo al conduttore di corrispondere per il periodo di *lock down* il canone nella misura contrattualmente stabilita, è comprensibile che i conduttori si decidano nel senso di rinviare gli accordi con i locatori circa la misura dello stesso ed i tempi del relativo pagamento una volta riprese le attività.

3. I diritti delle parti contrattuali nella fase di emergenza: l'insufficienza delle norme speciali e codicistiche che disciplinano il rapporto di locazione

Sgombrato il campo dal dubbio circa l'esistenza di norme, dettate per gestire l'emergenza, rilevanti ai fini della risoluzione della questione della incidenza della sospensione *ex lege* delle attività commerciali sul sinallagma dei rapporti locatizi, ci si deve accingere a trovare una risposta facendo ricorso ai princìpi e alle norme in vigore sin da prima dell'emergenza.

Non è di aiuto, a tal fine, la legge speciale dettata in tema di locazione di immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, n. 392 del 1978, ancora in vigore nella parte che qui interessa.

Quest'ultima, infatti, all'art. 27, comma 8, prevede solo che, indipendentemente dalle previsioni contrattuali, il conduttore, in presenza di gravi motivi, possa recedere in qualsiasi momento dal contratto (*rectius*: rapporto) con preavviso di almeno sei mesi da comunicarsi con lettera raccomandata.

Non potendosi fare ricorso alla legislazione speciale, per risolvere la questione prospettata occorre, allora, verificare l'utilità delle norme rinvenibili nell'ambito della disciplina del contratto di locazione, dettata dal codice civile.

Orbene, per verificare se la sospensione per legge delle attività commerciali con consequenziale obbligatoria chiusura temporanea dei locali adibiti al loro esercizio incida sui rapporti di locazione commerciale conviene esaminare partitamente le obbligazioni poste a carico rispettivamente del conduttore e del locatore.

Con riferimento al conduttore, viene in rilievo l'obbligazione di *"dare il corrispettivo nei termini convenuti"*.

Rispetto a tale obbligazione, deve senza esitazione respingersi la prospettazione secondo la quale, essendo obbligato a non esercitare temporaneamente la sua attività commerciale all'interno del locale condotto in locazione, il conduttore si troverebbe nell'impossibilità di pagare il canone in quanto privato di fatto della sua fonte di reddito.

Le obbligazioni generiche (art. 1178 c.c.), infatti, nelle quali rientrano anche le obbligazioni pecuniarie, non si estinguono mai per sopravvenuta impossibilità (*genus numquam perit*) della prestazione (pagamento), quand'anche la condizione di impotenza economica non fosse imputabile al debitore: prova ne è che anche il debitore insolvente non per sua colpa può subire una espropriazione forzata; d'altronde, l'imprenditore commerciale in possesso dei requisiti dimensionali di legge può fallire nonostante che lo stato di insolvenza si sia determinato per cause non imputabili a sue scelte gestionali.

Una volta escluso che il *lock down* renda impossibile l'obbligazione tipica del conduttore, può passarsi ad esaminare se la sospensione temporanea per legge dell'esercizio dell'attività commerciale del conduttore incida su una delle obbligazioni del locatore.

Cominciamo dallo sgombrare il campo da un possibile equivoco: la sospensione temporanea *ope legis* dell'esercizio dell'attività commerciale del conduttore non può essere giuridicamente distinta dal suo corollario applicativo, consistente nel temporaneo obbligo di chiusura dei locali nei quali quell'attività temporaneamente inibita si svolge. L'obbligo di sospendere l'esercizio di un'attività imprenditoriale che ha nell'immobile concesso in locazione il principale bene aziendale non potrebbe essere rispettato se non cessando, in ottemperanza all'ordine dell'autorità, di utilizzare l'immobile locato in conformità a quanto convenuto con il locatore.

Fatta questa premessa, ci si deve concentrare sull'obbligazione del locatore descritta nell'art. 1575 n. 3 c.c.: il locatore deve garantire il pacifico godimento durante la locazione.

Orbene, il contenuto di questa obbligazione di "garanzia" non si esaurisce con il garantire il conduttore dalle molestie di terzi che pretendono di avere diritti sulla cosa locata e ne diminuiscono l'uso o il godimento, ma si estende fino al punto di garantire il conduttore, per tutta la durata del rapporto, da fatti, estranei alla sfera di controllo del conduttore, inerenti all'immobile e alla sua attitudine a servire all'uso pattuito, che impediscono o limitano il godimento della cosa locata,

anche se il locatore non abbia previsto senza sua colpa l'insorgenza di quei fatti impeditivi o limitativi del godimento.

Nella disciplina del contratto di locazione contenuta nel codice civile si rinvengono vari indici che conducono in questa direzione.

Si esamini la garanzia per vizi, non solo per quelli esistenti al momento della consegna (art. 1578 c.c.), ma anche per quelli sopravvenuti nel corso del rapporto: anche se il locatore li aveva ignorati senza colpa (con riferimento ai vizi esistenti al momento della consegna) o non poteva all'epoca della consegna prevederne la futura insorgenza (con riferimento ai vizi sopravvenuti nel corso del rapporto), il conduttore può domandare, a sua scelta, la risoluzione del contratto o una riduzione del corrispettivo, nel caso in cui i vizi diminuiscono in modo apprezzabile l'idoneità all'uso convenuto del bene locato.

Inoltre, se anche, al sopravvenire dei vizi, il locatore si offrisse tempestivamente di eliminarli, il conduttore avrebbe diritto ad una riduzione del canone se l'esecuzione dell'intervento di eliminazione dei vizi si protraesse comunque per più di venti giorni, ed avrebbe diritto di ottenere lo scioglimento del contratto se, indipendentemente dalla durata, l'esecuzione dell'intervento di eliminazione dei vizi rendesse inabitabile (e, dunque, per i locali adibiti ad uso diverso da quello abitativo, inutilizzabile) l'immobile.

Dall'art. 1588 c.c., inoltre, si evince interpretativamente che la perdita definitiva dell'immobile locato derivante da causa non imputabile al conduttore determina la risoluzione *ope legis* del rapporto locatizio: il conduttore, infatti, non può essere responsabile di una tale perdita nei confronti del locatore e, essendo venuto meno l'oggetto del contratto per una causa non imputabile ad alcuna delle parti, l'intero sinallagma è travolto con effetti *ex nunc* per il sopravvenuto venir meno dell'oggetto del contratto.

E', dunque, chiaro che la prestazione del locatore non consiste solo in un *dare*, consistente nel "consegnare le chiavi dell'immobile", o in un *facere*, consistente nel mantenere il bene locato in uno stato tale da servire all'uso convenuto, ma anche in un *praestare* consistente nel garantire continuativamente, lungo tutta la durata del rapporto, l'utilizzabilità non solo materiale ma anche giuridica dell'immobile locato secondo l'uso contrattualmente convenuto.

L'obbligazione di garantire l'utilizzabilità dell'immobile locato secondo l'uso convenuto è idonea a fondare una responsabilità oggettiva del locatore, che si atteggia alla stessa stregua della garanzia per vizi nella compravendita: essa può essere fatta valere dal conduttore nel caso in cui

l'immobile diventi, per causa non imputabile a lui, totalmente o parzialmente, assolutamente o relativamente inutilizzabile, tramite i rimedi alternativi della risoluzione giudiziale del contratto o della riduzione del canone, proporzionata all'intera durata del periodo di inutilizzabilità dell'immobile e all'entità del mancato godimento (cfr. art. 1584 c.c.).

Inoltre, che la sopravvenuta inutilizzabilità dell'immobile locato, totale o parziale, assoluta o relativa, legittimante la riduzione del canone o la risoluzione del contratto a richiesta del conduttore, possa dipendere sia da condizioni materiali del detto immobile, sia dalla sopravvenuta esistenza o mancanza di atti amministrativi impeditivi o autorizzativi dell'uso contrattualmente pattuito è stato riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte, che ha affermato che la mancanza della concessione amministrativa necessaria per la legale destinazione all'uso pattuito dell'immobile locato (nella specie, mancanza di concessione commerciale per essere il bene adibito a destinazione artigiana) rientra tra i vizi che, diminuendo in modo apprezzabile l'idoneità del bene all'uso predetto, possono legittimare il conduttore alla richiesta di risoluzione del contratto ovvero di riduzione del canone, ai sensi dell'art.1578 cod. civ. (Cass., sez. 3, n. 16677/2002)

D'altro canto, il *lock down* di alcune attività commerciali si è in sostanza concretizzato con l'emanazione di un atto amministrativo (d.p.c.m.) che ha di fatto temporaneamente vietato l'utilizzazione degli immobili da parte dei conduttori per l'esercizio di quelle attività per le quali i contratti di locazione erano stati conclusi.

Si potrebbe tentare, allora, di cedere alla suggestione di applicare, in costanza del divieto temporaneo di utilizzazione, la disposizione di cui all'art. 1581 c.c., che a sua volta rinvia all'art. 1578 c.c. o, analogicamente, essendo le riparazioni destinate ad essere temporanee alla stessa stregua del *lock down*, l'art. 1584 c.c.

Seguendo questo suggestivo solco argomentativo, la situazione del conduttore dell'immobile obbligato temporaneamente per ragioni di sanità pubblica a tenere chiuso il negozio potrebbe essere equiparata alla situazione del conduttore di un immobile sul quale, vista la particolare attività commerciale svolta al suo interno, l'autorità amministrativa abbia ordinato l'esecuzione di lavori urgenti per la messa in sicurezza dello stesso, tali da diminuire o impedire al conduttore temporaneamente l'uso dell'immobile (Cass., sez. 3, n. 6484/1980).

4. La necessaria applicazione dei princìpi e delle norme in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione

Senonché, il tentativo di inquadrare la chiusura obbligatoria dei negozi gestiti in immobili condotti in locazione quale effetto di un provvedimento amministrativo che determina di fatto una inidoneità giuridica dell'immobile locato ad essere utilizzato in conformità al contratto di locazione concluso, inidoneità che farebbe scattare la garanzia per vizi di cui all'art. 1578 c.c., o comunque la possibilità di esperimento alternativo dei rimedi di cui all'art. 1584 c.c. sul presupposto della temporaneità della chiusura, non appare, tuttavia, appagante.

Infatti, anche a voler intendere in senso "giuridico" i vizi della cosa locata (art. 1578 c.c.) e a voler equiparare gli effetti della chiusura temporanea dei negozi all'inutilizzabilità temporanea degli immobili per le riparazioni necessarie (art. 1584 c.c.), non è revocabile in dubbio che sia nel caso della garanzia dei vizi, sia nel caso dei rimedi attivabili nel caso di mancato godimento dell'immobile a causa delle riparazioni necessarie aventi ad oggetto lo stesso, i vizi e i danni riguardano direttamente lo specifico bene oggetto della locazione.

Nel caso della chiusura temporanea delle attività per il contenimento della diffusione del covid-19, invece, gli immobili locati divengono inutilizzabili non per loro vizi specifici o per una sopravvenuta loro inidoneità materiale o giuridica, ma solo perché la sottrazione della loro utilizzazione da parte dei conduttori costituisce il mezzo per conseguire l'effetto della chiusura temporanea delle attività commerciali in quegli immobili svolte.

In realtà, ciò che rende impossibile il godimento del bene locato secondo l'uso pattuito non è uno specifico vizio materiale o giuridico dell'immobile, né la necessità che l'immobile sia occupato dalle attrezzature e dalle maestranze per effettuare le riparazioni o gli adattamenti a cura del locatore; bensì il provvedimento amministrativo che di fatto è come se avesse ordinato lo sgombero degli immobili locati per fini di pubblica igiene.

Tuttavia, sebbene non vi sia alcuna responsabilità, nemmeno oggettiva per vizi della cosa o per privazione del godimento conseguente alla necessità di effettuare interventi di riparazione, in capo al locatore, nondimeno il contratto di locazione, nel periodo in cui al conduttore è inibito per un *factum principis* l'utilizzabilità dell'immobile locato secondo l'uso pattuito, non consegue, seppur temporaneamente, lo scopo oggettivo per il quale fu stipulato: si verifica un'alterazione in concreto del sinallagma che, in un contratto commutativo, non può che determinare un intervento di riequilibrio da parte dell'ordinamento.

D'altronde, se la perdita dell'immobile locato per causa non imputabile al conduttore determina la risoluzione del contratto di locazione per sopravvenuta impossibilità (mancanza)

dell'oggetto (arg. ex art. 1588 comma 1 c.c.), non si vede perché una impossibilità oggettiva temporanea di godimento dell'immobile locato dovuta ad un *factum principis* non imputabile al conduttore non debba essere trattata applicando i princìpi e le norme codicistiche in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile al debitore, intendendo per debitore il locatore tenuto a garantire al conduttore il godimento dell'immobile.

Ed infatti, la giurisprudenza della Suprema Corte è pervenuta in varie occasioni ad individuare il rimedio riequilibratore del sinallagma, nel caso di sopravvenuta oggettiva impossibilità di godimento dell'immobile locato, nella risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta (Cass., sez. 3, n. 17844/2007; n. 23987/2019).

La correttezza di tale approdo è confermata dalla considerazione che, nella disciplina tipica della locazione in generale, recata dal codice civile, non è ammessa l'esclusione o la limitazione della responsabilità del locatore per vizi, originari o sopravvenuti, della cosa locata se essi sono tali da rendere impossibile il godimento del bene (art. 1579 c.c.).

Ne consegue che, anche se non si verta in tema di vizi della cosa locata o di riparazioni da effettuarsi sulla stessa, in assenza di una clausola contrattuale specifica che ponga a carico del conduttore il rischio della temporanea sopravvenuta impossibilità di godimento del bene per causa non imputabile ad alcuna delle parti, deve ritenersi che l'impossibilità sopravvenuta del godimento dell'immobile locato rappresenti il limite di rottura del sinallagma: affinché quest'ultimo, nello svolgersi del rapporto, non subisca contraccolpi necessitanti di un intervento di riequilibrio da parte dell'ordinamento, non basta che il locatore abbia consegnato l'immobile al conduttore e lo mantenga in buono stato di manutenzione, ma è necessario che il conduttore non subisca una situazione, a lui giuridicamente non imputabile, di oggettiva impossibilità di goderne.

D'altronde, la giurisprudenza della Suprema Corte ha recentemente ammesso che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si verifichi anche quando la prestazione, pur eseguita dal debitore, non possa essere utilizzata dal creditore per una causa a lui non imputabile (Cass., sez. 3, n. 8766/2019).

Peraltro, l'applicazione alle locazioni commerciali incise dal *lock down* delle norme sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione appare maggiormente garantista anche nei confronti del locatore.

Quest'ultimo, infatti, nel regime di responsabilità oggettiva delineato dalle norme sulla garanzia per i vizi della cosa locata e sul mancato godimento del bene in capo al conduttore per il

tempo necessario per eseguire le riparazioni (artt. 1578 e 1584 c.c.), è in totale soggezione rispetto al conduttore, al quale solo compete la scelta se chiedere la riduzione del prezzo o la risoluzione giudiziale del contratto.

In particolare, nel caso in cui l'esecuzione delle riparazioni si protraesse per un considerevole lasso di tempo e divenisse economicamente onerosa per il locatore, egli non potrebbe sciogliersi dal contratto, nemmeno se ritenesse non più conveniente, in vista di una ripresa del rapporto a pieno canone, terminate le riparazioni intraprese, la conservazione del contratto.

Applicando le norme sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione, invece, consegue che, in base all'art. 1256, comma 2 c.c., se l'impossibilità di godimento dell'immobile locato è solo temporanea, come nel caso dell'inutilizzabilità dei locali in rispetto dell'obbligo di chiusura, il rapporto riprenderà nella sua fisiologica conformazione contrattuale non appena sarà rimosso il *lock down*. Tuttavia, se il periodo di chiusura, comportante l'impossibilità di godimento dell'immobile, dovesse durare oltre una certa soglia temporale, il locatore, nel rispetto del principio di buona fede oggettiva (art. 1375 c.c.), potrebbe sciogliersi dal rapporto ritenendo oltremodo gravoso per lui essere vincolato da un contratto di locazione commerciale per un uso di cui si prolunghi il divieto.

Con riferimento al conduttore, invece, nel periodo di *lock down*, egli, trovandosi nell'impossibilità di godimento dell'immobile secondo l'uso contrattualmente pattuito, ha diritto non ad essere esonerato, con riferimento al periodo di chiusura obbligatoria, dal pagamento del canone contrattualmente convenuto, bensì ad una riduzione dello stesso, in proporzione al periodo di mancato godimento (art. 1464 c.c.), visto che dell'immobile preso in locazione comunque continua a servirsi almeno come ricovero dei beni aziendali, in attesa della ripresa dell'attività commerciale.

Resta fermo, tuttavia, che se il periodo di *lock down* si prolungasse in maniera considerevole, il conduttore potrebbe perdere anch'egli l'interesse a conseguire di nuovo il pieno godimento dell'immobile in conformità all'uso pattuito e potrebbe, di conseguenza, determinarsi per lo scioglimento, nel senso di recedere dal contratto (art. 1256, comma 2, ultima parte, c.c.).

Per concludere, si può senz'altro affermare che nel nostro sistema, improntato alla preferenza per la conservazione del contratto ed al riequilibrio delle posizioni giuridiche dei contraenti nel caso in cui il sinallagma contrattuale venga turbato ed alterato da fatti sopravvenuti non imputabili alle parti, vi sono tutti gli strumenti per gestire adeguatamente, sia in via transattiva che giudiziaria, la crisi delle locazioni commerciali incise dal *lock down*.

Nondimeno, sarebbe auspicabile che il legislatore, in sede di conversione del d.l. n. 18 del 2020, per evitare possibili disparità di trattamento in sede di accordi bonari tra locatori e conduttori, oltre che per arginare possibili valanghe di contenziosi che potrebbero riversarsi sui tribunali, prevedesse espressamente il diritto dei conduttori ad una riduzione dei canoni contrattuali di locazione, determinandone la percentuale, per il periodo in cui, per il rispetto delle misure di contenimento, sono stati di fatto privati del godimento degli immobili locati.

Alberto Barbazza

I procedimenti di famiglia al tempo del coronavirus. Per una corretta interpretazione delle disposizioni emanate per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, con particolare riguardo ai procedimenti urgenti derivanti da alimenti e obbligazioni alimentari e da questioni inerenti l'affidamento dei minori

Nella tarda serata del 17 marzo 2020 il Governo ha emanato il D.L. 18/2020, il quale abroga (art. 83, comma 22) le disposizioni precedenti in materia di *"misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare"* che erano state adottate con i D.L. 8 marzo 2020, n. 11 (artt. 1[1] e 2[2]),

[1] Art. 1 *Differimento urgente delle udienze e sospensione dei termini nei procedimenti civili, penali, tributari e militari*

1. A decorrere dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto e sino al 22 marzo 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari, con le eccezioni indicate all'articolo 2, comma 2, lettera g), sono rinviate d'ufficio a data successiva al 22 marzo 2020.

2. A decorrere dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto e sino al 22 marzo 2020 sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti indicati al comma 1, ferme le eccezioni richiamate. Ove il decorso abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo.

3. Ai procedimenti nei quali le udienze sono rinviate a norma del comma 1, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 2, commi 4 e 5. Resta ferma l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 10 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9.

4. Le disposizioni del presente articolo, in quanto compatibili, si applicano altresì ai procedimenti relativi alle commissioni tributarie e alla magistratura militare.

[2] Art. 2 *Misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia*

1. Ferma l'applicazione delle previsioni di cui al decreto-legge 2 marzo 2020 n. 9, per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, a decorrere dal 23 marzo e fino al 31 maggio 2020 i capi degli uffici giudiziari, sentiti l'autorità sanitaria regionale, per il tramite del Presidente della Giunta della Regione, e il Consiglio dell'ordine degli avvocati, adottano le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della salute, anche d'intesa con le Regioni, dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, dal Ministero della giustizia e delle prescrizioni di cui all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020, al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone. Per gli uffici diversi dalla Corte suprema di cassazione e dalla Procura generale presso la Corte di cassazione, le misure sono adottate d'intesa con il Presidente della Corte d'appello e con il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello dei rispettivi distretti.

2. Per assicurare le finalità di cui al comma 1, i capi degli uffici giudiziari possono adottare le seguenti misure:

a) la limitazione dell'accesso del pubblico agli uffici giudiziari, garantendo comunque l'accesso alle persone che debbono svolgervi attività urgenti;

b) la limitazione, sentito il dirigente amministrativo, dell'orario di apertura al pubblico degli uffici anche in deroga a quanto disposto dall'articolo 162 della legge 23 ottobre 1960, n. 1196, ovvero, in via residuale e solo per gli uffici che non erogano servizi urgenti, la chiusura al pubblico;

c) la regolamentazione dell'accesso ai servizi, previa prenotazione, anche tramite mezzi di comunicazione telefonica o telematica, curando che la convocazione degli utenti sia scaglionata per orari fissi, nonché l'adozione di ogni misura ritenuta necessaria per evitare forme di assembramento;

d) l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze;

e) la celebrazione a porte chiuse, ai sensi dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale, di tutte le udienze penali pubbliche o di singole udienze e, ai sensi dell'articolo 128 del codice di procedura civile, delle udienze civili pubbliche;

il quale a sua volta aveva sostituito le previsioni del D.L. 2 marzo 2020, n. 9 (art. 10[3], riferito ai soli circondari dei Tribunali cui appartenevano i comuni nella originaria "Zona Rossa").

---

f) la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti 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 deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti ed al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, giorno, ora e modalità di collegamento. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale;

g) la previsione del rinvio delle udienze a data successiva al 31 maggio 2020 nei procedimenti civili e penali, con le seguenti eccezioni:

1) udienze nelle 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; nelle cause relative ad alimenti o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità; nei procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona; nei 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; nei procedimenti di cui all'articolo 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833; nei procedimenti di cui all'articolo 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194; nei procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari; nei procedimenti di convalida dell'espulsione, allontanamento e trattenimento di cittadini di paesi terzi e dell'Unione europea; nei procedimenti di cui all'articolo 283, 351 e 373 del codice di procedura civile e, in genere, in 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;

2) […]

3) […]

h) lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice.

3. Per il periodo di efficacia dei provvedimenti di cui al comma 2 che precludano la presentazione della domanda giudiziale è sospesa la decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza dei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento delle attività precluse dai provvedimenti medesimi.

4. […]

5. Ai fini del computo di cui all'articolo 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89, nei procedimenti nei quali le udienze sono rinviate a norma del presente articolo non si tiene conto del periodo decorrente dalla data del provvedimento di rinvio dell'udienza alla data della nuova udienza, sino al limite massimo di tre mesi successivi al 31 maggio 2020.

6. […]

7. […]

8. […]

9. […]

10. […]

11. […].

[3] Art. 10 *Misure urgenti in materia di sospensione dei termini e rinvio delle udienze processuali*

1. A decorrere dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 marzo 2020, sono rinviate d'ufficio a data successiva al 31 marzo 2020 le udienze dei procedimenti civili pendenti presso gli uffici giudiziari dei circondari dei Tribunali cui appartengono i comuni di cui all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020, ad eccezione delle udienze nelle cause di competenza del tribunale per i minorenni, nelle cause relative ad alimenti, nei procedimenti cautelari, nei procedimenti per l'adozione di

A distanza di alcuni giorni, pare ormai possibile tirare le fila, prendendo la mossa – per dirla alla senese – e al contempo cercando di coordinarli, dai primi contributi apparsi "a caldo" sulle

---

provvedimenti in materia di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione, nei procedimenti di convalida del trattamento sanitario obbligatorio, nei procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari, nei procedimenti di convalida dell'espulsione, allontanamento e trattenimento di cittadini di paesi terzi e dell'Unione europea, in quelli di cui all'articolo 283 del codice di procedura civile e in genere nelle cause rispetto alle quali la ritardata trattazione potrebbe produrre grave pregiudizio alle parti. In quest'ultimo caso, la dichiarazione di urgenza è fatta dal presidente dell'ufficio giudiziario in calce alla citazione o al ricorso, con decreto non impugnabile e, per le cause già iniziate, con provvedimento del giudice istruttore o del collegio, egualmente non impugnabile.

2. A decorrere dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto e sino al 31 marzo 2020:

a) nei procedimenti di cui al comma 1 e con le eccezioni ivi previste sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto processuale, comunicazione e notificazione che chiunque debba svolgere nelle regioni cui appartengono i comuni di cui all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020;

b) in tutti i procedimenti civili, con le eccezioni di cui al comma 1, sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto processuale, comunicazione e notificazione che chiunque debba svolgere nei comuni di cui all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020.

3. A decorrere dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, in tutti i procedimenti civili sono rinviate d'ufficio a data successiva al 31 marzo 2020 le udienze dei processi in cui risulta che le parti o i loro difensori sono residenti o hanno sede nei comuni di cui all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020 alla medesima data.

4. Per i soggetti che alla data di entrata in vigore del presente decreto sono residenti, hanno sede operativa o esercitano la propria attività lavorativa, produttiva o funzione nei comuni di cui all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020, il decorso dei termini perentori, legali e convenzionali, sostanziali e processuali, comportanti prescrizioni e decadenze da qualsiasi diritto, azione ed eccezione, nonchè dei termini per gli adempimenti contrattuali è sospeso dal 22 febbraio 2020 fino al 31 marzo 2020 e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione. Ove la decorrenza del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, il termine decorre dalla fine del medesimo periodo. Sono altresì sospesi, per lo stesso periodo e nei riguardi dei medesimi soggetti, i termini relativi ai processi esecutivi e i termini relativi alle procedure concorsuali, nonchè i termini di notificazione dei processi verbali, di esecuzione del pagamento in misura ridotta, di svolgimento di attività difensiva e per la presentazione di ricorsi giurisdizionali.

5 […].

6. Nei procedimenti civili e penali pendenti presso gli uffici giudiziari che hanno sede nei distretti di Corte di appello cui appartengono i comuni di cui all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020, il mancato rispetto di termini processuali perentori scaduti in epoca successiva al 22 febbraio 2020 e fino alla data di entrata in vigore del presente decreto si presume dovuto, salvo prova contraria, a causa non imputabile alla parte incorsa in decadenze.

7. […]

8. […]

9. […]

10. […]

11. […]

12. […]

13. Il corso della prescrizione rimane sospeso per il tempo in cui il processo è rinviato o i termini procedurali sono sospesi ai sensi dei commi 7, 8, 9 e 10.

14. […]

15. […]

16. Ai fini del computo di cui all'articolo 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89, nei procedimenti rinviati d'ufficio a norma del presente articolo, non si tiene conto del periodo compreso dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto e la data del 31 marzo 2020.

17. […]

18. […].

maggiori riviste giuridiche[4], dal recente intervento del Consiglio Superiore della Magistratura, dai provvedimenti dei Capi degli Uffici e, soprattutto, dalle difficoltà pratiche e quotidiane dei magistrati.

Queste righe di commento vogliono indirizzarsi in particolare alla giurisdizione civile e soprattutto alla materia delle persone e della famiglia, con particolare riguardo alla possibilità in tale periodo di svolgere attività di udienza.

In tale ambito, peraltro, sono proprio i giudici di merito (ed in particolare quelli del primo grado) a dover arginare e bilanciare la spinta fra la necessità di tutelare la salute (sia collettiva che, al contempo, personale degli stessi e delle loro famiglie) e di garantire anche in tale periodo il rispetto dei diritti fondamentali.

1. L'interpretazione delle situazioni d'urgenza di cui all'art. 83, comma terzo, a lett. a) d.l. 18/2020

Non vi sono dubbi che in questo periodo abbia prepotentemente fatto ingresso sulla scena legislativa lo strumento della decretazione d'urgenza, mediante ricorso al "conosciuto" e tipizzato decreto – legge ed all'emanazione dei "nuovi e sconosciuti" decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri[5]. E proprio dalla *ratio* emergenziale delle disposizioni adottate, in materia di giustizia, da

[4] M. GIORGETTI, *I provvedimenti urgenti in tema di figli ai tempi del Covid19: il rischio di una babele, pur con le migliori intenzioni*, in www.judicium.it; A. SCARSELLI, *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da COVID 19*, in www.judicium.it; G. SICCHIERO, *Decreto Cura Italia: le disposizioni in tema di giustizia civile*, in Quotidiano Giuridico.

[5] Sul ricorso a questo strumento normativo di nuova genesi, sulla sua collocazione nel sistema delle fonti e sui problemi di legalità che esso comporta, rinvio ad alcuni passaggi tratti dall'informativa del 25 marzo 2020 del Presidente del Consiglio, Giuseppe Conte, alla Camera dei Deputati in merito all'emergenza Covid-19, in www.governo.it/it/articolo/coronavirus-informativa-del-presidente-conte-alla-camera/14380: *"Abbiamo ritenuto necessario ricorrere allo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, dopo avere posto il suo fondamento giuridico nell'iniziale decreto legge n. 6, che ho già menzionato […] Abbiamo ravvisato nel DPCM lo strumento giuridico più idoneo, innanzitutto perché agile e flessibile, in grado di adattarsi alla rapida e spesso imprevedibile evoluzione del contagio e alle sue conseguenze; in secondo luogo, perché abbiamo inteso garantire in questo modo, per questa via la più uniforme applicazione delle misure […] Ogni decreto del Presidente del Consiglio è sempre stato adottato con il coinvolgimento di tutti i Ministri, che hanno potuto apportare, ciascuno, per le rispettive competenze e anche hanno potuto apportare le diverse sensibilità politiche. Per tale ragione, con il decreto-legge adottato ieri dal Consiglio dei ministri, in corso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, oltre ad aver trasferito in fonte di rango primario, tipizzandole, le misure di contenimento da adottare per contrastare i rischi derivanti dalla diffusione del virus, abbiamo anche introdotto una più puntuale procedimentalizzazione nell'adozione dei D.P.C.M., prevedendo, tra l'altro, l'immediata trasmissione dei provvedimenti emanati ai Presidenti delle Camere, oltre all'obbligo del Presidente del Consiglio, o del Ministro da lui delegato, di riferire ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate"*. Cfr. anche: A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in corso di pubblicazione su BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto; M. DE NES, *Emergenza*

ultimo con D.l. 17 marzo 2020, n. 18 è necessario muovere per consegnare una interpretazione coerente con la volontà del legislatore.

Non vi sono dubbi che vi è una netta disposizione di contenuto processuale: nel periodo fra il 9 marzo 2020 ed il 15 aprile 2020 sono *ex lege* sospesi tutti i processi civili e penali, a parte le eccezioni espressamente indicate al comma terzo dell'art. 83.

Nella sua apparente chiarezza, i dubbi che porta con sé hanno indotto, soprattutto in una fase iniziale, i giudici di merito, ed in particolare della famiglia, a svariate interpretazioni. Il cuore del problema può ritrovarsi non tanto nel comma primo dell'art. 83, ma proprio nelle eccezioni disciplinate dal comma terzo, lett. a) della disposizione[6].

In particolare tali eccezioni hanno a riguardo:

- le 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;

---

covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?, in corso di pubblicazione su BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto 2/2020; G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da covid-19*, in corso di pubblicazione su BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto.

[6] 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 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.

- le cause relative ad alimenti o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità;

- i procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona;

- i 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;

- i procedimenti di cui all'articolo 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (ossia i procedimenti relativi agli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori in condizioni di degenza ospedaliera per malattia mentale, c.d. TSO);

- i procedimenti di cui all'articolo 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194 (ossia i procedimenti riguardanti la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza proposta da donna di età inferiore ai diciotto anni, nei primi novanta giorni di gravidanza, c.d. IVG);

- i procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari;

- i 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;

- 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.

Il d.l. è accompagnato da una relazione illustrativa, ove in relazione al comma 3 lett. a), si dice che sono state riproposte le eccezioni già inserite nel precedente d.l. n. 11/2020, ma che in particolare *"viene introdotto in tema di procedimenti civili ai quali non si applica il rinvio, quelli riguardanti le obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità"*, specificando che si tratta di *"locuzione presa dalle disposizioni eurounitarie e, in particolare, dal Regolamento 4/2009/CE (art.1), per non limitare la trattazione alle sole obbligazioni alimentari strictu sensu, il cui ambito può essere interpretato in modo più ristretto"*.

A fronte di tale nuova dizione, pertanto, diviene essenziale interrogarsi in merito al riferimento alla nozione eurounitaria di obbligazioni alimentari, contenuta nella relazione illustrativa, ed in particolare se questo accenno ampli i casi di controversie rientranti nelle eccezioni (e quindi da trattare obbligatoriamente) a tutte le cause di separazione, divorzio e figli di coppie non legate da matrimonio in cui vi siano problemi di ordine economico relativi al mantenimento.

Ciò tuttavia, da un lato, si porrebbe in contrasto con la ratio tutta del decreto 18/2020 e, dall'altro, finirebbe per porre ingiustificate disparità di trattamento rispetto a quelle controversie in cui siano dedotti problemi non di ordine economico ma relativi all'affidamento dei figli (di carattere altrettanto, se non ancora di più, urgente), finendo con il costringere il Giudice a dichiarare l'urgenza in questi ultimi casi ai sensi della disposizione di chiusura della lett. a), con la conseguenza di dilatare ulteriormente le maglie già cedevoli delle eccezioni del comma terzo.

La posizione che è sicuramente prevalsa nei tribunali e nelle corti d'appello al momento è quella di abbracciare l'interpretazione più restrittiva, ritenendo prevalenti e assorbenti le esigenze di contrasto alla diffusione del COVID-19, con il corollario di ritenere perlomeno dubbio l'utilizzo consapevole da parte del Legislatore della locuzione "obbligazioni alimentari" e ritenendo che siano salvi i procedimenti dichiarati urgenti, d'ufficio o su istanza di parte, entro limiti quantitativi stringenti. Secondo tale impostazione, pertanto, la relazione illustrativa non aggiungerebbe nulla di nuovo a quanto contenuto già nei precedenti art. 10 d.l. 9/2020 e art. 2, comma secondo, lett. g) d.l. 11/2020.

Non credo sia condivisibile una conclusione così estrema tuttavia ritengo che, con alcune precisazioni, debba essere abbracciata tale tesi restrittiva.

In particolare, deve essere precisato che

a) il riferimento ad "alimenti ed obbligazioni alimentari" della lett. a), non risulti tale di per sé da richiamare gli obblighi di mantenimento fra coniugi o fra genitori e figli, in quanto già nel Titolo XIII del Libro I del codice civile, dedicato agli alimenti, si trovano entrambe le dizioni, rispettivamente agli artt. 433[7] e 434[8] cod. civ, con ciò dimostrando che il legislatore considera le due locuzioni in maniera indifferenziata.

[7] Art. 433 cod. civ.: All'obbligo di prestare gli alimenti sono tenuti, nell'ordine: …

[8] Art. 434 cod. civ.: L'obbligazione alimentare del suocero e della suocera e quella del genero e della nuora cessano: …

b) come accennato sopra, la *ratio* emergenziale delle disposizioni adottate ha certamente carattere eccezionale: il combinato disposto degli artt. 14 e 12 delle disposizioni sulla legge in generale, perciò, dovrebbe indurci a escludere un'interpretazione che vada oltre i casi in essa considerati (art. 14), con ciò dovendosi privilegiare il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla interpretazione del legislatore (art. 12), ossia un'interpretazione letterale teleologicamente orientata al rispetto della finalità emergenziale di ridurre al minimo i contatti umani;

c) non si può negare che vi sia stato un cambiamento fra l'originaria formulazione dell'art. 10 d.l. 9/2020 e quella attuale dell'art. 83, comma terzo, lett. a) d.l. 18/2020 e ritenere che l'aggiunta della locuzione cause relative *"ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità"*, sia stata pleonastica da parte del legislatore, così come ritenere che il contributo esegetico della relazione illustrativa non vada tenuto in considerazione, significa non tenere in considerazione la *voluntas* del legislatore e, ancor prima l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale cui prima facevo riferimento. Il legislatore, infatti, ha richiamato espressamene nella relazione illustrativa la nozione eurounitaria di obbligazioni alimentari, e costituisce un errore interpretativo e concettuale adottare una visione separatista dell'ordinamento interno da quello eurounitario, ritenendo che i due piani si giustappongano fra loro; la prospettiva corretta deve tener presente che il diritto europeo vive all'interno del diritto nazionale e con esso si fonde, contribuendo a dettare una disciplina ed una fisionomia degli istituti unica, in modo tale che la definizione di obbligazione alimentare che ne scaturisce è unica e non può ritenersi diversa a seconda che la si esamini dalla prospettiva nazionale piuttosto che da quella eurounitaria.

Anche il Consiglio Superiore della Magistratura, nella seduta pomeridiana del 26 marzo 2020, ha adottato, ai sensi dell'art. 10 legge n. 195/1958, il parere sul Disegno di Legge n. 1766 Atto Senato di conversione in legge del d.l. 18/2020, nel quale ritiene non sia possibile *sic et simpliciter* ritenere un refuso l'indicazione e la rilevanza data dal legislatore al Regolamento 4/2009.

Da taluno è stato proposto di verificare la natura concreta degli interessi in gioco generalmente intesi, in realtà quello che è essenziale è verificare non tanto l'interesse pretensivo della parte[9], quanto se, nella singola controversia, siano presenti quegli elementi di urgenza che

[9] A prescindere dalla circostanza che esso sia, nel concreto, di natura patrimoniale – valutabile ai sensi della lett. a) quale obbligazione alimentare – o personale – valutabile ex lett. a) quale procedimento la cui ritardata trattazione potrebbe causare danni alle parti.

possono imporre in concreto la necessità di trattare il procedimento in deroga al comma primo dell'art. 83.

Occorre, dunque, mantenere i nervi saldi e trovare un punto di equilibrio in questo delicato momento che consenta agli Uffici di tutelare il bene primario della salute collettiva, senza giungere ad interpretazioni sostanzialmente abroganti della parte di disposizione sopra richiamata..

Pertanto, dal novero delle obbligazioni alimentari escluse dai rinvii generali delle udienze ex art. 83 comma terzo lett. a) non possono essere radicalmente escluse tutte le cause che facciano riferimento ad obbligazioni di mantenimento all'interno dei rapporti di famiglia, tuttavia, al fine di contemperare tale deroga con il principio generale sotteso alla normativa emergenziale già più volte richiamato di limitare al massimo i contatti, sarà necessario distinguere fra varie fattispecie:

a) nel caso dei procedimenti di divorzio (così come in quelli di separazione in cui siano già stati emessi i provvedimenti presidenziali o nei procedimenti ex art. 337 ter cod. civ. di modifica di condizioni già raggiunte stragiudizialmente o giudizialmente dai genitori) in cui le obbligazioni di mantenimento e di affidamento, trovano già una pregressa regolamentazione nelle disposizioni precedentemente emesse, il Giudice (d'ufficio o su istanza delle parti) potrà ritenere urgenti le presidenziali di divorzio solo nel caso in cui sia allegato un sopravvenuto mutamento delle condizioni economiche dei coniugi o un pregiudizio concreto e imminente dei figli;

b) tutte le altre controversie in materia di separazione, divorzio e figli "non matrimoniali" nelle quali vi sia una regolamentazione già precedentemente emessa, dovranno essere rinviate a meno che le parti non abbiano evidenziato una sopravvenuta modifica economica o un pregiudizio nell'affidamento dei figli minori che giustifichi una urgente rimodulazione delle regole.

Peraltro, depone a favore di tale soluzione anche la considerazione che le udienze presidenziali di separazione o divorzio e le cause relative ai figli nati fuori dal matrimonio, non rientrano nel novero di quelle cui non si applica la sospensione durante il periodo feriale.

2. Le due fasi dell'emergenza e la trattazione delle udienze con collegamento da remoto o mediante deposito di note scritte

Alla luce di tali considerazioni diviene, pertanto, fondamentale l'analisi delle modalità di svolgimento delle udienze ritenute urgenti dal giudicante e fissate, in deroga al principio generale, durante il periodo di sospensione delle udienze.

Occorre premettere che il legislatore, in relazione alle modalità di celebrazione delle udienze, ha inteso distinguere nettamente due periodi temporali:

- il primo dal 9 marzo al 15 aprile 2020 e disciplinato dal comma quinto, durante il quale *"limitatamente all'attività giudiziaria non sospesa, i capi degli uffici giudiziari possono adottare le misure di cui al comma 7, lettere da a) a f) e h)"*;

- il secondo dal 16 aprile al 30 giugno 2020 disciplinato dai commi sesto e settimo, durante il quale i capi degli uffici, tenendo presente l'esigenza di bilanciare le esigenze di *"contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19"* e al contempo *"contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria"* adottano le misure organizzative necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie *"al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone"*, scegliendo fra quelle indicate al comma settimo (lett. da a ad h).

Nello specifico, le misure che possono essere adottate per lo svolgimento delle udienze civili sono indicate al comma settimo, lettera e)[10] che riguarda la celebrazione dell'udienza a porte chiuse; lettera f)[11] che ha riguardo alla trattazione dell'udienza con collegamento da remoto; lettera g)[12] attinente la possibilità di rinvio delle udienze a data successiva al 30 giugno 2020 e, infine, lettera h)[13] la quale contempla l'udienza tenuta mediante scambio e deposito in telematico di note scritte.

Nel primo periodo (9 marzo – 15 aprile 2020) possono essere adottate tutte le misure ad eccezione della lettera g), in considerazione del fatto che le udienze sono già *ex lege* rinviate a tale

[10] Disposizione che prevede la possibilità della celebrazione a porte chiuse, ai sensi dell'articolo 128 del codice di procedura civile, delle udienze civili pubbliche.

[11] Il comma contempla la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti 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 deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti e al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, giorno, ora e modalità di collegamento. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale.

[12] La previsione prevede il rinvio delle udienze a data successiva al 30 giugno 2020 nei procedimenti civili e penali, con le eccezioni indicate al comma 3.

[13] Disposizione riguardante lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice

data, mentre nel periodo successivo tutte le ipotesi possono essere recepite fra le misure organizzative.

Una prima notazione deve riguardare la necessità dei capi degli Uffici di confrontarsi prima dell'adozione di qualunque di tali misure con i Dirigenti della cancelleria: la presenza ridottissima del personale amministrativo impone, infatti, che anche la produzione dei provvedimenti giudiziali sia estremamente razionalizzata e si concili con l'esigenza di scaricare un numero di decreti (siano essi di rinvio o di disposizione di udienza ai sensi delle lettere f) o h) compatibili con i risicati "presìdi" del personale amministrativo nei due periodi sopra indicati.

Ancora una volta, pertanto, la l'organizzazione del singolo Giudice prima ancora di quella dell'Ufficio può avere l'effetto di evitare di dover effettuare rinvii indiscriminati di tutte le controversie (che causerebbero una situazione potenzialmente esplosiva del ruolo dopo l'estate) e, al contempo di rispettare l'interpretazione eurounitaria del termine obbligazioni alimentari richiamata dal legislator, con ricadute benefiche per la tutela dei diritti dei cittadini.

Il vero nodo gordiano diventano, pertanto, le udienze presidenziali in cui è necessaria la presenza personale delle parti, per le quali è radicalmente impossibile il ricorso alla trattazione scritta di cui alla lett. h). In tali casi, fermo il rinvio dell'udienza qualora non siano dedotte dalle parti o ravvisate dal Giudice situazioni di urgenza relativamente ai profili del mantenimento (lett. a) *sub specie* di *"obbligazioni alimentari"*) o, ripeto ancora, a mio giudizio anche e ancor di più dell'affidamento dei minori (lett. a) *sub specie* di *"procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti"*), credo che si possa anche fare ricorso all'emissione, previa però necessaria costituzione delle parti, all'emissione di provvedimenti anticipatori di quelli presidenziali, assunti allo stato degli atti e salvo revoca all'esito dell'udienza presidenziale vera e propria nella quale compariranno le parti e si esperirà il tentativo di conciliazione.

Il ricorso a tali provvedimenti anticipatori, fra l'altro, è già in uso nella prassi dei Tribunali di primo grado (ad esempio per disciplinare la situazione economica nelle more dello svolgimento di una consulenza tecnica d'Ufficio sull'affidamento) e trova l'avallo delle corti di secondo grado, le quali fra l'altro con orientamento uniforme sul territorio nazionale ne escludono la loro reclamabilità prima dell'emissione dei provvedimenti presidenziali definitivi.

Così facendo si potrebbe utilizzare lo strumento del contraddittorio scritto di cui alla lett. h) nelle more della comparizione personale dei coniugi.

Infine, l'auspicio critico che emerge dalle ceneri di questa situazione emergenziale è che le due modalità di trattazione ex comma settimo, lett. f) e lett. h) d.l. 18/2020, possano in futuro essere adottate in modo stabile, così evitando inutili "transumanze" di parti e difensori fra regioni del territorio agli antipodi.

3. Gli spostamenti conseguenti al diritto di visita ai figli da parte di genitori non conviventi

Un accenno finale trovo necessario farlo in riferimento alla questione spinosa e di stringente attualità della legittimità degli spostamenti per l'esigenza di esercitare il diritto di visita ai figli da parte dei genitori non conviventi.

Uso volutamente tale terminologia atecnica in quanto occorre fare una netta distinzione fra i casi in cui il diritto di visita al minore sia regolato da un previo provvedimento giudiziale (separazioni, divorzi o figli non matrimoniali in cui sia intervenuta una regolamentazione sul punto) da tutte le casistiche in cui questo provvedimento giurisdizionale manchi in quanto la separazione sia solo "di fatto" ovvero i provvedimenti giudiziali non siano ancora intervenuti.

Fin da subito si sono contrapposte due visioni, sfociate anche in alcuni recentissimi provvedimenti giudiziali.

Da un lato, vi è chi si è orientato nel senso della sospensione del diritto di incontro e visita in forma diretta ritenendo prevalente sul diritto di visita dei genitori l'interesse alla tutela della salute *in primis* dei minori ed inoltre anche degli stessi genitori e delle rispettive comunità familiari (nuovi conviventi o coniugi, nonni, altri minori,…), ritenendo che i numerosi contatti che tali situazioni possono generare si pongano in contrasto con la finalità della legislazione emergenziale. A latere, le decisioni di alcuni Uffici che, anziché sospendere le visite, hanno ritenuto necessario rimodulare la frequentazione fra genitori e figli in questo periodo mediante il ricorso a strumenti telematici quali le videochiamate. La stessa *ratio* deve guidare le decisioni relative ai minori residenti in comunità o in affidamento c.d. eterofamiliare per i quali, privilegiando tale impostazione, deve ritenersi che debba essere sospeso il rientro a casa nei week end, salva la possibilità di fare maggior ricorso ai colloqui attraverso videochiamata, finanche pensando di indicarli direttamente nei provvedimenti provvisori assunti che in questo periodo.

D'altra parte[14], vi è l'impostazione di coloro che ritengono sia prevalente per il benessere dei minori il diritto degli stessi, prima ancora che dei genitori, di incontrare le loro figure di riferimento. A sostegno di tale tesi si ritiene che i pericoli di diffusione del contagio legati al solo spostamento del figlio fra le abitazioni dei genitori siano talmente contenuti da dover cedere di fronte alla necessità di evitare strumentalizzazioni della situazione e di garantire il carattere di normalità alle relazioni familiari.

Sul punto il Governo ha preso posizione prima ritenendo che *"gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio"*[15] ed infine ha chiarito, per il tramite del Ministero dell'Interno, che lo spostamento a tali fini risulta consentito[16].

Proprio in relazione a tali precisazioni, si impone la distinzione iniziale fra situazioni nelle quali sono già stati emessi dei titoli giudiziali e situazioni nelle quali tali titoli mancano: una trattazione diversificata delle due circostanze finirebbe col causare illogiche discriminazioni fra situazioni analoghe, dando la stura a una moltitudine di procedimenti in un caso proposti ex art. 709 *ter* cod. proc. civ. e, nell'altro caso, ex art. 337 *ter* cod. civ. con istanze urgenti che consentano al genitore di riprendere la relazione con il figlio, qualora vi sia il rifiuta (più o meno strumentale) di consegnare il figlio all'altro ritenendolo vietato dalla legislazione emergenziale.

Ritengo fondamentale assumere fra le due impostazioni sopra evidenziate una tesi mediana, che non vincoli il Giudice ad un'impostazione generalizzata assunta aprioristicamente dal capo dell'Ufficio ma rimetta la decisione da emanare nel caso concreto alla valutazione del singolo magistrato, il quale solo con il suo ruolo di terzietà è in grado di tenere presente il *best interest of the child* (ed in primis la tutela della salute del minore) anche in momenti di così grande emergenza, senza cedere alle pressioni delle parti.

Solo una valutazione "caso per caso" è in grado, infatti, di discernere quelle situazioni che abbiano i tratti della necessaria trattazione d'urgenza, evitando così il rischio di assumere

[14] Cfr. V. CIANCIOLO, Nota Tribunale di Milano, IX Sez., decr. 11 marzo 2020, su www.ilcaso.it.

[15] In tal senso, le Frequented Asked Questions riportate in www.governo.it ed in questa ottica anche ordinanza n. 15 del 13.3.2020 Presidente della Regione Campania la quale ha precisato che sono considerate situazioni di necessità (che legittimano spostamenti temporanei ed individuali) quelle correlate ad esigenze primarie delle persone.

[16] Nel modulo di c.d. autocertificazione, infatti, è stata aggiunta la seguente possibilità per ritenere consentito l'allontanamento dall'abitazione: *"…obblighi di affidamento di minori…"*.

impostazioni generalizzate dal sapore punitivo che proibiscano contatti fra genitori e figli per periodi non predeterminabili (quantomeno ad oggi), senza trascurare che un ulteriore effetto benefico di tale soluzione sarebbe quello di garantire più ampia tutela al principio di bi-genitorialità.

ESAME DELLE DISPOSIZIONI IN VIGORE
con particolare riferimento alla materia civile

IN VIGORE

DECRETO-LEGGE 17 marzo 2020, n. 18	
Art. 83	
UDIENZE – REGOLA GENERALE *Comma 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**.
TERMINI – REGOLA GENERALE *Comma 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. - i termini stabiliti […] 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.
ECCEZIONI SOSPENSIONE UDIENZE E TERMINI *Comma 3.*	Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non operano nei seguenti casi: […]
POTERI CAPI UFFICI DURANTE IL PERIODO DI	Nel periodo di sospensione dei termini e **LIMITATAMENTE ALL'ATTIVITÀ GIUDIZIARIA NON**

SOSPENSIONE (9 marzo – 15 aprile) *Comma 5.*	**SOSPESA**, i capi degli uffici giudiziari possono adottare le **misure di cui al comma 7, lettere da a) a f) e h)**.
POTERI CAPI UFFICI DOPO IL PERIODO DI SOSPENSIONE (16 aprile – 30 giugno) *Comma 6.*	[…] **adottano le misure organizzative**, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per **consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie** […] e delle prescrizioni adottate in materia con D.P.C.M., al **fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone** […]
MISURE ORGANIZZATIVE DOPO IL PERIODO DI SOSPENSIONE (16 aprile – 30 giugno) *Comma 7.*	**Per assicurare le finalità di cui al comma 6**, i capi degli uffici giudiziari possono adottare le seguenti misure: a) la **limitazione dell'accesso del pubblico** […]; b) la limitazione, sentito il dirigente amministrativo, dell'orario di apertura al pubblico degli uffici […]; c) la regolamentazione dell'accesso ai servizi, previa prenotazione, anche tramite mezzi di comunicazione telefonica o telematica […]; d) l'adozione di **linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze**; e) la **celebrazione a porte chiuse** […] di tutte le udienze penali pubbliche o di singole udienze e […] **delle udienze civili pubbliche**; f) la previsione dello **svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto** […]; g) la previsione del **rinvio delle udienze a data successiva al 30 giugno 2020** nei procedimenti civili e penali, **con le eccezioni indicate al comma 3**; h) lo **svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte**

	contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice.
TERMINI – DURANTE E DOPO IL PERIODO DI SOSPENSIONE (9 marzo – 30 giugno) e solo qualora i provvedimenti dei dirigenti precludano la presentazione di domande giudiziali necessarie per l'esercizio dei diritti *Comma 8.*	Per il periodo di efficacia dei provvedimenti di cui ai commi 5 e 6 che **precludano la presentazione della domanda giudiziale** è **SOSPESA la decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza dei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento delle attività precluse** dai provvedimenti medesimi.
LEGGE PINTO *Comma 10.*	Ai fini del computo di cui all'articolo 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89 [ragionevole termine di durata dal processo, *ndr*], nei procedimenti rinviati a norma del presente articolo **non si tiene conto del periodo compreso tra l'8 marzo e il 30 giugno 2020**.
ABROGAZIONI *Comma 22.*	Sono abrogati gli articoli 1 e 2 del decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11
Art. 127	
ENTRATA IN VIGORE	1. Il presente decreto **entra in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale** (**17 MARZO 2020**) della Repubblica italiana e sarà presentato alle Camere per la conversione in legge.

Mauro Mocci

Il principio di collegialità alla prova del covid-19

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La collegialità nel codice di rito. – 3. La collegialità nelle altre disposizioni normative. – 4. La collegialità all'interno della camera di consiglio. – 5. L'applicazione dell'art. 348 b *bis* c.p.c. – 6. Collegialità e rimessione in istruttoria. – 7. Problematiche in tema di decisione collegiale. – 8. Collegialità e responsabilità civile dei magistrati. – 9. Conclusioni.

1. Introduzione. - L'art. 83 comma 12-*quinquies* del d.l. n. 18 del 2020 convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27 (in vigore dal 30.4.2020) ulteriormente modificato dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (in vigore dal 1.5.2020) prevede che <<*nei procedimenti civili e penali non sospesi, le deliberazioni collegiali in camera di consiglio possono essere assunte mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informatici e automatizzati del Ministero della giustizia. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge*>>.

Per il vero, questa forma di <<collegio diffuso>> richiede quanto meno la presenza nella camera di consiglio del cancelliere e del Presidente o di un suo delegato, incaricato di sottoscrivere il dispositivo, ai sensi dell'art. 276 ultimo comma c.p.c.1 In ogni caso, la stessa formazione della volontà collegiale ne viene ampiamente pregiudicata: basti pensare alla necessità di consultare atti o documenti del fascicolo d'ufficio, che – sicuramente presso la Suprema Corte, ma anche presso la maggior parte delle giurisdizioni di merito – si trovano solo in formato cartaceo o alla difficoltà di un confronto dialettico fra i vari componenti.

La norma, pur necessitata dall'emergenza e dalla mancanza di qualunque alternativa, ripropone l'interrogativo se il principio di collegialità costituisca ancora un pilastro fondante del sistema processuale italiano, visto che l'utilizzo della videoconferenza viene auspicato anche dopo il termine della pandemia2 .

In effetti, il suddetto principio è stato volta per volta considerato un baluardo della giurisdizione, una finzione o un modo per perdere tempo. All'atto dell'istituzione del giudice

[1]G. FICHERA, *La Cassazione civile ed il Covid-19: ex malo bonum?*, in *IlCaso.it* del 23 marzo 2020, 15. In effetti, il d.l.n. 28/2020 all'art. 83 comma 7° lett. F chiarisce adesso esplicitamente che << *Lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario e con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti* >> dando adito ad ulteriori problemi interpretativi, come rilevato da E. IANNELLO, *Le adunanze camerali in Cassazione nella fase 2 dell'emergenza sanitaria,* in *www.giustiziainsieme.it* del 5 maggio 2020

[2]Cfr. G. FICHERA, *L'adunanza camerale distanziata e protocollata*, in *IlCaso.it*, del 20 aprile 2020, 5 ess

monocratico di primo grado (1990), si è detto che il legislatore aveva preso atto della situazione reale diffusasi nei tribunali italiani, dove – dietro il paravento della collegialità – veniva puramente e semplicemente ratificata la volontà del relatore.

Ma il *de profundis* dell'istituto in primo grado, a parte poche eccezioni, non ha risolto il dilemma[3]. Alle affermazioni ufficiali in chiave garantistica sul valore della collegialità, si sono talvolta accompagnate, in concreto, condotte opposte.

Per un verso, soprattutto dopo l'abolizione dell'esame da aggiunto giudiziario e del biennio obbligatorio in pretura, sulla pratica della collegialità si sono formate generazioni di magistrati ed il collegio è stato il *refugium peccatorum* degli uditori giudiziari che avevano dimostrato di non essere in grado di lavorare da soli. Insomma, a parole la collegialità è stata sempre considerata una validissima palestra per costruire la figura del buon giudice ed anche un modo per controllare l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Per altro verso, nel chiuso della camera di consiglio è sovente accaduto che l'unico a conoscere gli atti fosse il relatore, che il presidente avesse degli stessi una nozione soltanto sommaria o anche nessuna conoscenza, e che in questo modo il sistema sia sempre andato avanti (numero e complessità delle cause da discutere, pigrizia mentale?).

Occorre allora domandarsi se questo principio – così tanto predicato e così poco praticato – sia ancora un valore attuale, se si tratti ormai di un mito o invece di uno strumento di crescita e miglioramento sul piano professionale. A questo fine, pare opportuno indagare la collegialità non solo dal punto di vista processuale ed ordinamentale, ma anche dal punto di vista comportamentale, ossia come essa si estrinseca all'atto della deliberazione della sentenza (o dell'ordinanza), quale momento formativo della volontà del giudice, attraverso l'osmosi fra il giudizio e la volontà, tra il lavorio dei motivi e la scelta della decisione[4]. Infatti, il complesso delle norme, da un lato, e l'effettiva applicazione, dall'altro, costituiscono i due corni del problema.

[3] Un autore arguto come F. CIPRIANI, *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli, 1997, 176 e ss., attribuisce alla novella del 1990, da un lato, il merito di aver superato l'anomalia dell'udienza collegiale fissata dal giudice istruttore "ora per allora e a due o tre anni" e, dall'altro, il difetto di aver lasciato allo stesso istruttore la legittimazione esclusiva ed insindacabile circa la c.d. maturità della causa e di aver confermato la divisione del processo in fasi.

[4] La definizione è di F. DE ANGELIS, Il *procedimento di formazione della sentenza e la validità del provvedimento depositato dal giudice cessato dalle funzioni*, in *Corr. giur.*, 2008, 6, 818, nota a Cass. 20 luglio 2007 n. 16165.

2. La collegialità nel codice di rito. - Il codice di procedura si occupa della materia sia con riguardo alla composizione dell'organo in sé, sia con riguardo ai profili di operatività.

La competenza collegiale del Tribunale, divenuta ormai eccezionale, è fissata dall'art. 50-*bis*, introdotto dall'art. 56 D. Lgs 19 febbraio 1998 n. 51[5] e riguarda*:*
1) le cause nelle quali è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero, salvo che sia altrimenti disposto; 2) le cause di opposizione, impugnazione, revocazione e quelle conseguenti a dichiarazioni tardive di crediti di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ed alle altre leggi speciali disciplinanti la liquidazione coatta amministrativa;
3) le cause devolute alle sezioni specializzate; 4) le cause di omologazione del concordato fallimentare e del concordato preventivo; 5) le cause di impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea e del consiglio di amministrazione, nonché le cause di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i direttori generali e i liquidatori delle società, delle mutue assicuratrici e società cooperative, delle associazioni in partecipazione e dei consorzi;
6) le cause di impugnazione dei testamenti e di riduzione per lesione di legittima;
7) le cause di cui alla legge 13 aprile 1988, n.117. Il Tribunale giudica altresì in composizione collegiale nei procedimenti in camera di consiglio disciplinati dagli articoli 737 e seguenti c.p.c., salvo che sia altrimenti disposto.

Il legislatore ha poi chiarito (art. 50-quater), che la predetta disposizione non si considera attinente alla costituzione del giudice: di conseguenza, alla nullità derivante dalla sua inosservanza si applica l'articolo 161, primo comma, c.p.c. In tal modo, la violazione delle disposizioni sulla composizione collegiale costituisce un'autonoma causa di nullità della decisione e non una forma di nullità relativa derivante da atti processuali antecedenti alla sentenza (e, perciò, soggetta al regime di sanatoria implicita), con la sua conseguente esclusiva convertibilità in motivo di impugnazione, senza determinare la nullità degli atti prodromici alla sentenza invalida, né produrre l'effetto della rimessione degli atti al primo giudice, ove il giudice dell'impugnazione sia anche giudice del merito[6].

[5] Per una disamina critica approfondita, anche in ordine ai problemi di compatibilità con la Costituzione, del D.lgs. n. 51 del 1998, cfr. F. AULETTA, *Sulle possibili implicazioni costituzionali della composizione del tribunale civile e dell'articolazione in sede e sezioni*, in *Dir. proc. civ.* 1998, 4, 1080 e ss.

[6] Giurisprudenza costante. Cfr. Cass. 18 giugno 2014 n. 13907 in *Giur. comm.*, 2015, 6, 2, 1192, con nota di M. LUNGARELLA, *In tema di regime giuridico delle procedure fallimentari nel tempo*. Più di recente, Cass. Sez. I, 21 ottobre 2019 n. 26729.

La corte d'appello e la corte di cassazione hanno invece esclusiva competenza collegiale, come evidenziano, rispettivamente, gli artt. 350 e 380 c.p.c. Con riguardo al giudizio di appello, è interessante ricordare che, pur su sollecitazione della giurisprudenza[7], il legislatore ha aperto alla possibilità di delegare un singolo componente del collegio all'assunzione dei mezzi di prova ammessi in secondo grado, attraverso l'art. 352 comma 1° c.p.c.[8].

Sotto l'aspetto tipicamente operativo, viene in considerazione - in primo luogo - l'art. 131 c.p.c, il cui ultimo comma, a proposito dei provvedimenti collegiali in generale, dispone che sia compilato un sommario processo verbale, "*il quale deve contenere la menzione dell'unanimità della decisione o del dissenso, succintamente motivato, che qualcuno dei componenti del collegio, da indicarsi nominativamente, abbia eventualmente espresso su ciascuna delle questioni decise. Il verbale, redatto dal meno anziano dei componenti togati del collegio e sottoscritto da tutti i componenti del collegio stesso, è conservato a cura del presidente in plico sigillato presso la cancelleria dell'ufficio*".

Il predetto comma, inserito dall'art. 16 l. 13 aprile 1988 n. 117, è stato però dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui rendeva obbligatoria, e non facoltativa a richiesta, la compilazione del processo verbale sulla decisione[9].

Sulla deliberazione dell'organo collegiale si diffonde anche l'art. 276 c.p.c.: ribadita la segretezza della camera di consiglio, la norma prevede che, sotto la direzione del presidente, vengano dapprima decise le questioni pregiudiziali e poi il merito della causa. Il terzo comma regola altresì l'ordine di votazione: vota per primo il relatore, poi l'altro giudice ed, infine, il presidente, il quale, una volta chiusa la votazione, "scrive e sottoscrive il dispositivo" (adempimento quest'ultimo ormai desueto, nel rito ordinario), lasciando la stesura della motivazione al relatore, sempre che non lo sia egli stesso, ovvero reputi di stenderla personalmente ovvero di affidarla all'altro giudice.

---

[7] In effetti, l'elaborazione giurisprudenziale ha progressivamente superato il principio di necessaria identità tra l'organo chiamato a decidere il giudizio e l'organo chiamato ad assumere la prova. Cfr. Cass. 14 giugno 2011 n. 12957 in *Corr. giur.*, 2012, 2, 235, con nota di A. CARRATO, *La necessaria collegialità della Corte di Appello e le conseguenze delle sue possibili violazioni*.

[8] Era l'auspicio di F. CIPRIANI, *Ideologie e modelli* cit,, pagg. 183 e ss

[9] Corte Cost. 19 gennaio 1989 n. 18, variamente commentata in dottrina. Cfr. F. DEL CASTELLO, *Finalmente conclusa la querelle sulla responsabilità civile del giudice,* in *Giust. Civ.*, 1989, 04, 01, 769; M. ANNUNZIATA, *Responsabilità dei giudici ed indipendenza della magistratura,* in *Giur. It.*, 1989, 10, 01, 1430; A. BEVERE, *Dal giudice-funzionario al giudice-organo della comunità: riflessioni in margine alla sentenza sulla responsabilità del giudice,* in *Giur. Cost.*, 1989, 02, 01, 0062; L. SCOTTI, *La responsabilità civile per le pronunce dei giudici collegiali nelle valutazioni della Consulta,* in *Foro It.*, 1989, 02, 01, 305.

Completa il quadro del codice di rito l'art. 132 c.p.c., nella parte in cui (3° comma) si occupa della sottoscrizione della sentenza emessa dal giudice collegiale, che deve essere firmata dal presidente e dall'estensore, e regola le ipotesi di impedimento dell'uno e dell'altro.

Non è un caso che gli arresti giurisprudenziali sugli articoli citati siano scarsissimi.

Per un verso, l'inciso secondo cui alla deliberazione della decisione "*possono partecipare soltanto i giudici che hanno assistito alla discussione*" va interpretato nel senso che i giudici che prendono in carico la sentenza devono essere gli stessi dinanzi ai quali sono state precisate le conclusioni. Pertanto, in primo grado, la figura immodificabile resta quella del giudice istruttore, il quale - allorquando la decisione è riservata al collegio – una volta fatte assumere le conclusioni, rimette la causa al collegio stesso, che è costituito normalmente fra membri della stessa sezione, individuati in via tabellare. In grado di appello, invece, sulla scorta della disciplina di cui all'art. 352 c. p.c., il collegio che delibera la decisione deve essere composto dagli stessi giudici dinanzi ai quali è stata compiuta l'ultima attività processuale, cioè la discussione o la precisazione delle conclusioni[10]. In sostanza, l'accertamento della sussistenza in capo al magistrato della "*potestas iudicandi*" va compiuto tenendo presente il momento della deliberazione – allorquando il consesso dei componenti riconduce ad unità la volontà del collegio, poi destinata a trasparire all'esterno - e non quello del deposito della minuta, in quanto la decisione è assunta formalmente quando si delibera in camera di consiglio, mentre le successive fasi dell'*iter* formativo dell'atto (e cioè la stesura della motivazione, la sua sottoscrizione e la pubblicazione) non incidono sulla sostanza della pronuncia.

Conseguentemente, la circostanza che la sentenza sia deliberata in data diversa da quella in cui si è celebrata l'udienza di discussione non determina di per sé la nullità del processo, né della sentenza. Inoltre, tutte le deliberazioni prese dal collegio dopo la scadenza dei termini per il deposito degli atti conclusivi di cui all'art. 190 c.p.c. restano in capo ai componenti presenti al momento della precisazione delle conclusioni, mentre, ai fini dell'esistenza, validità ed efficacia della sentenza, è irrilevante che, successivamente, uno dei componenti di un organo collegiale venga trasferito o collocato fuori ruolo o a riposo[11]. Se però tale evento è antecedente alla predetta

[10] Cfr. Cass. 11 marzo 2015 n. 4925.

[11] Cass. 4 novembre 2014 n. 23423. Sul punto, cfr. G. GRASSO, *Il giudice in malattia, trasferito ad altro ufficio, e le cause civili assunte in decisione: dovere o facoltà di provvedere*, in *Foro It.* 2015, 6, 3, 373, nonché F. DE ANGELIS, Il *procedimento di formazione*, cit.

scadenza, la causa va rimessa necessariamente in istruttoria, verificandosi altrimenti la nullità della sentenza[12].

Per altro verso, le decisioni della Suprema Corte si limitano a rimarcare il diverso carattere di sentenza o di ordinanza di un provvedimento[13], o le conseguenze riconducibili a mancate od incomplete sottoscrizioni[14], senza mai ricondursi ad esperienze concrete di collegialità. Infatti la camera di consiglio è segreta (*camera caritatis*), sicché non se ne parla mai o le questioni vengono riportate in termini assolutamente generali e generici. La violazione di tale segretezza determina conseguenze disciplinari, giacché la segretezza delle deliberazioni dei giudici collegiali copre l'intero contenuto della discussione delle varie questioni affrontate dal collegio al fine di pervenire alla decisione e non è contraddetta dalle disposizioni sulla possibilità dei componenti dissenzienti del collegio di far risultare il loro dissenso in un verbale inserito in un plico sigillato[15].

E' evidente che l'autonomia fra le fasi della deliberazione e pubblicazione è solo virtualmente ipotizzabile per il giudice monocratico, al quale non si applicano le formalità previste dall'art. 276 c.p.c. La sua sentenza acquista giuridica rilevanza solo in seguito al deposito in cancelleria, ex art. 133 c.p.c., giacché, prima della pubblicazione, il provvedimento appartiene alla sfera interna del giudicante.

3. La collegialità nelle altre disposizioni normative. - Qualche lume in più circa la tendenziale operatività del principio collegiale si intravede nelle norme di attuazione del codice di procedura civile, che - nella sezione III, capo III del titolo II – disciplinano la decisione della causa. All'uopo, è previsto che, all'inizio di ogni trimestre, il capo dell'ufficio determini la composizione dei collegi ed, ove alla camera di consiglio siano chiamati giudici in numero superiore a quello stabilito, il collegio sia formato, oltre che dal relatore, anche dal presidente e dal giudice più anziano (art. 113 disp. att.). La violazione di tale precetto non dà però luogo a nullità, giacché il vizio di costituzione del giudice ex art. 158 cod. proc. civ. è ravvisabile solo allorquando gli atti giudiziali siano posti in essere da persona estranea all'ufficio del giudice, non investita della funzione da detto ufficio

[12] Cass. 12 agosto 2009 n. 18268.

[13] Anche ai fini dell'impugnazione è necessario avere riguardo non alla sua forma esteriore o alla denominazione adottata, bensì al suo contenuto (Cass. 19 dicembre 2014 n°27127) o comunque all'effetto giuridico prodotto (Cass. 19 dicembre 2006 n. 27143).

[14] Cass. 8 febbraio 2008 n. 3128

[15] Così Cass. Sez. Un. 5 febbraio 1999 n. 23, in *Giust. Civ.* 1999, 6, 1, 1629, con riguardo ad un processo penale, come richiamata da M. CICALA, *Rassegna sulla responsabilità disciplinare e civile dei magistrati,* in *Riv. Dir. Priv.* 1999, 3, 521.

esercitata. Ne consegue che l'anomalia anzidetta non ricorre ove – secondo quello che accade normalmente negli uffici giudiziari italiani - non essendo stato al principio del trimestre predisposto ai sensi degli artt. 113 e 114 disp. att. il decreto di composizione dei collegi giudicanti, questi siano formati volta per volta, alla stregua delle concrete esigenze dell'ufficio.[16] La nullità è stata perfino esclusa ove il collegio sia formato da magistrati non risultanti dalle tabelle di composizione, e se anche il presidente sia meno anziano degli altri componenti ed altresì relatore della causa, perché la sostituzione di giudici di pari funzioni e competenze, appartenenti al medesimo ufficio giudiziario, pur in assenza delle condizioni previste dagli artt. 174 c.p.c. e 79 disp. att. costituisce una mera irregolarità interna, e il cumulo delle funzioni di presidente e relatore nello stesso magistrato è privo di disposizioni processuali limitative[17].

A sua volta, l'art. 118 ultimo comma disp. att. regola la scelta dell'estensore, che è fatta dal presidente *tra i componenti il collegio che hanno espresso voto conforme alla decisione.* L'estensore deve poi consegnare la minuta della sentenza da lui redatta al presidente che, datane lettura - quando lo ritiene opportuno - al collegio, la sottoscrive insieme con l'estensore e la consegna al cancelliere, il quale scrive il testo originale o ne affida la scritturazione al dattilografo. Il giudice che ha steso la motivazione aggiunge la qualifica di estensore alla sua sottoscrizione (art. 119 disp. att.).[18]

Il predetto sistema sta peraltro venendo progressivamente soppiantato, specie negli uffici di merito, dalla trasmissione della minuta della sentenza o della sentenza stessa per via telematica, ai sensi dell'art. 17 D.P.R. 13 febbraio 2001 n. 123.

La legge sull'ordinamento giudiziario prevede solo che, con riguardo ai poteri di sorveglianza del presidente in udienza, "*In ogni collegio giudicante delle corti e dei tribunali il presidente del collegio esercita la sorveglianza durante l'udienza e le deliberazioni su tutti i magistrati che vi partecipano"* (art. 230).

[16] Cass. 27 giugno 2000 n. 8797

[17] Cass. 6 aprile 2004 n. 6756

[18] Una particolarissima ipotesi è menzionata da Cass. 8 maggio 2003 n. 7045, secondo cui, ove la sentenza risulti firmata soltanto dal presidente, senza altra specificazione a questi relativa, e nella intestazione della stessa sia apposta l'indicazione di "estensore" accanto al nome di uno degli altri componenti del collegio giudicante, possono ricavarsi due soluzioni alternative: che estensore del provvedimento sia stato il giudice indicato come "estensore", ed in tal caso la sentenza è nulla perché manca la menzione del presidente relativa all'impedimento dell'estensore a sottoscrivere, come richiesto dagli artt. 132 cod. proc. civ. e 119 disp. att. cod. proc. civ.; che estensore sia stato lo stesso presidente, ed anche in tale caso la sentenza è nulla, in quanto alla sottoscrizione del presidente non è aggiunta la qualifica di "estensore", la quale soltanto può far vincere la presunzione di coincidenza delle figure di relatore ed estensore posta dall'art. 276 cod. proc. civ. e 118 disp. att. cod. proc. civ..

Infine, può essere inquadrata nel principio di collegialità, in senso lato, anche la disposizione di cui all'art. 11 comma 2° lett. c) del D.L. n. 160 del 2006, come modificato dalla legge n. 111 del 2007, il quale – nella valutazione del criterio della diligenza, ai fini delle progressioni di carriera dei magistrati - prescrive la partecipazione alle riunioni previste dall'ordinamento giudiziario per la discussione e l'approfondimento delle innovazioni legislative nonché per la conoscenza dell'evoluzione della giurisprudenza. Tali riunioni, di carattere periodico, hanno appunto il compito di portare a conoscenza sia gli altri membri della sezione, sia i componenti delle altre sezioni su eventuali problematiche sorte in sede di discussione, anche al fine di ottenere un'uniformità di giudizio, almeno nell'ambito dello stesso ufficio giudiziario.

4. La collegialità all'interno della camera di consiglio. - Una volta preso atto della disciplina legislativa dettata dal codice di rito e dalle altre norme, è venuto il momento di indagare le dinamiche che regolano la collegialità all'interno della camera di consiglio.

Una premessa, ancorché minima, si rende necessaria: è fin troppo ovvio che, essendo i giudici uomini come gli altri, talvolta pesa sulla decisione – accanto ai profili tecnico giuridici della fattispecie – anche quel complesso sistema dato dai comportamenti, dall'affiatamento, dal dialogo leale fra i singoli componenti. Il valore della collegialità si rapporta appunto alla capacità di mettersi in discussione attraverso un confronto di idee con i colleghi, di rispettare il pensiero altrui ma anche di sostenere con convinzione le proprie ragioni.

Nel codice etico della magistratura sono delineati i comportamenti non solo estrinseci ma anche intrinseci, ai quali si deve attenere il giudice[19]. Le norme deontologiche consegnano un

[19] Cfr. Codice etico della Magistratura, approvato dal Comitato direttivo centrale dell'A.N.M. il 13 novembre 2010. Secondo l'art. 9 (*L'imparzialità del magistrato*), il magistrato rispetta la dignità di ogni persona, senza discriminazioni e pregiudizi di sesso, di cultura, di ideologia, di razza, di religione. Nell'esercizio delle funzioni opera per rendere effettivo il valore dell'imparzialità, agendo con lealtà e impegnandosi a superare i pregiudizi culturali che possono incidere sulla comprensione e valutazione dei fatti e sull'interpretazione ed applicazione delle norme.

Assicura inoltre che nell'esercizio delle funzioni la sua immagine di imparzialità sia sempre pienamente garantita. A tal fine valuta con il massimo rigore la ricorrenza di situazioni di possibile astensione per gravi ragioni di opportunità.

Secondo l'art. 11 (*La condotta nel processo*), nell'esercizio delle sue funzioni, il magistrato, consapevole del servizio da rendere alla collettività, osserva gli orari delle udienze e delle altre attività di ufficio e programma lo svolgimento delle stesse anche al fine di evitare inutili disagi ai cittadini e ai difensori e fornendo loro ogni chiarimento eventualmente necessario. Svolge il proprio ruolo con equilibrio e con pieno rispetto di quello altrui ed agisce riconoscendo la pari dignità delle funzioni degli altri protagonisti del processo, assicurando loro le condizioni per esplicarle al meglio.

Cura di raggiungere, nell'osservanza delle leggi, esiti di giustizia per tutte le parti, agisce con il massimo scrupolo, soprattutto quando sia in questione la libertà e la reputazione delle persone.

magistrato che, all'esterno, deve mostrarsi soprattutto imparziale ed, all'interno, deve essere soprattutto intellettualmente onesto, ma che, con essenziale riguardo alla formazione della volontà collegiale, è tenuto ad una condotta ben precisa.

I predetti principi valgono prima di tutto per il relatore della causa portata alla camera di consiglio.

Il relatore deve arrivare preparato alla discussione, con una sufficiente conoscenza dei fascicoli. In primo grado questo significa aver letto gli atti introduttivi, le memorie ex art. 183 e le comparse conclusionali, con le memorie di replica, tanto più importanti nel predetto grado, in cui le prove costituende necessitano di una lettura critica delle parti, che si traduca, poi, in argomentazioni funzionali alle tesi sviluppate nel corso del giudizio. Nel secondo grado, in ossequio al principio di *revisio prioris instantiae* ed alle preclusioni di cui all'art. 345 c.p.c., l'attenzione deve essere essenzialmente concentrata sugli atti introduttivi e sulla sentenza gravata, sempre che un'appendice istruttoria o la possibile riconsiderazione della fattispecie alla luce di mutamenti legislativi o giurisprudenziali non impongano la lettura anche delle comparse conclusionali e delle repliche. Pressoché analoga è la situazione in Cassazione, ove gli atti rilevanti sono costituiti dalla sentenza impugnata, dal ricorso e dal controricorso, fermo restando il potere delle parti di depositare memorie ex art. 378 c.p.c.

Se il relatore ha approntato una bozza del provvedimento in vista della camera di consiglio, deve essere evidentemente disposto a riconsiderare le proprie conclusioni, alla luce di un'eventuale maggioranza contraria che si possa formare su uno o più aspetti della fattispecie.

Ma anche agli altri componenti del collegio viene richiesto un comportamento doveroso.

Il giudice a *latere* – che dovrebbe essere, ma normalmente non è, al corrente degli atti processuali – deve seguire attentamente la relazione ed intervenire nella discussione solo se si

---

Fa tutto quanto e in suo potere per assicurare la ragionevole durata del processo.

Infine, secondo l'art. 12 (*La condotta del giudice*), il giudice garantisce alle parti la possibilità di svolgere pienamente il proprio ruolo, anche prendendo in considerazione le loro esigenze pratiche. Si comporta sempre con riserbo e garantisce la segretezza delle camere di consiglio, nonché l'ordinato e sereno svolgimento dei giudizi. Nell'esercizio delle sue funzioni ascolta le altrui opinioni, in modo da sottoporre a continua verifica le proprie convinzioni e da trarre dalla dialettica occasione di arricchimento professionale e personale.

Nelle motivazioni dei provvedimenti e nella conduzione dell'udienza esamina i fatti e gli argomenti prospettati dalle parti, evita di pronunciarsi su fatti o persone estranei all'oggetto della causa, di emettere giudizi o valutazioni sulla capacita professionale di altri magistrati o dei difensori, ovvero – quando non siano indispensabili ai fini della decisione – sui soggetti coinvolti nel processo.

Nel redigere la motivazione dei provvedimenti collegiali espone fedelmente le ragioni della decisione, elaborate nella camera di consiglio.

prospettano questioni di diritto di cui è a conoscenza. Al di là dell'apparente banalità dell'affermazione che precede, sono più frequenti di quanto si pensi i casi di giudici che (per partito preso, per una questione di principio, per *vis polemica* o per antipatia personale) intervengono a sproposito, mettendo in difficoltà i colleghi e soprattutto allungando indebitamente i tempi della camera di consiglio.

Da parte sua, il presidente – quando ovviamente non è il relatore - deve leggere almeno gli atti introduttivi e svolgere una funzione di indirizzo, senza farsi fuorviare dalle proprie convinzioni o, peggio ancora, sensazioni.

L'uno e l'altro devono fare credito al relatore della buona fede, ossia partire dal presupposto che il contenuto della relazione corrisponda ad una completa lettura degli atti e dei documenti. Non sempre questo accade ed il comportamento del collegio, talvolta, finisce per condizionare la stessa applicazione, o almeno la misura dell'applicazione, degli istituti processuali.

5. L'applicazione dell'art. 348 bis c.p.c. - Un esempio paradigmatico del complesso funzionamento della collegialità è costituito dalle vicende dell'art. 348 *bis* c.p.c.

Come è noto, si tratta di una norma introdotta dal legislatore allo scopo precipuo di deflazionare il ruolo dei giudici di appello e, a prescindere da alcune evidenti criticità (metodologiche e sintattiche), in grado di fornire uno strumento concreto per ottenere una compressione delle pendenze[20]. Tuttavia, una serie di motivi ne ha in effetti scoraggiato e depotenziato l'applicazione. Intanto, lo stesso legislatore ci ha messo del suo, pretendendo una decisione in esito alla prima udienza di trattazione, senza però imporre all'appellato una costituzione preventiva, anche in mancanza di un gravame incidentale: in tal modo, la posizione del relatore (che dovesse reputare applicabile il filtro) ne risulta fortemente indebolita, perché il presidente e l'altro componente del collegio finiscono per ascoltare solo "la campana" dell'appellante. Nelle cause

[20]In proposito, sia consentito ricordare M. MOCCI, *Il filtro in appello, fra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione,* in *Giur. merito*, 2012, 10, pagg. 2013-2028,; Id. *Il giudice alle prese con il filtro in appello,* in *Il giusto proc. civ.* 2012, IV, pagg. 1243-1260. Più di recente, con accenti fortemente critici, A. TEDOLDI, *Il maleficio del filtro in appello,* in *Riv. Proc. Civ.* 2015, 3, 751; G. VERDE, *La riforma dell'appello civile: due anni dopo,* in *Riv. Proc. Civ.* 2014, 3, 971; M. BOVE, *La pronunzia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli artt.348 bois e 348 ter c.p.c.*, in *Riv. Proc. Civ.*, 2013, 2, 389; P. SANDULLI, *Processo civile (lavori in corso): le nuove impugnazioni civili,* in *Riv. Dir. Priv.*, 2013, 1, 137; R. POLI, *Il nuovo giudizio di appello,* in *Riv. Proc. Civ*. 2013, 1, 120.
;

possessorie o di diritti reali, e più in generale, in tutte le cause ove si discute di questioni di fatto, l'importanza della comparsa di risposta è decisiva.

Altre difficoltà sono derivate dalla mancata consegna anticipata, da parte della Cancelleria (almeno quindici giorni prima), al relatore del fascicolo d'ufficio e del fascicolo di primo grado, che rende incompleta la conoscenza approfondita del ruolo di udienza e, soprattutto, preclude l'indispensabile scrematura fra le cause.

Ma, nell'esperienza reale, il vero problema è costituito dall'atteggiamento dei magistrati.

Spesso è mancata una condotta rispettosa della vincolatività della norma, che avrebbe consigliato – di fronte al pressoché totale assoggettamento delle impugnazioni al filtro – una costante riserva sulle decisioni, in sede di prima udienza, oltre che la menzione della discussione del filtro sul verbale di causa o comunque la tenuta di una specie di brogliaccio, idoneo a registrare la sorte di ciascuna delle cause valutate.

Ci sono coloro che hanno considerato l'art. 348 *bis* c.p.c. come un affronto al principio di difesa, mentre altri hanno ritenuto che dovesse riguardare solo ipotesi di valore bagatellare o gravami di poche pagine. Taluni presidenti hanno visto con malcelato fastidio l'incremento dei fascicoli da controllare (quelli di prima udienza, che si aggiungono a quelli già spediti a sentenza) e, pensando di esercitare le proprie prerogative, hanno finito per fare del *mobbing* nei confronti dei consiglieri più volenterosi. In questo modo, però, l'intento della disposizione ed il suo carattere deflattivo ne sono usciti totalmente ridimensionati. Meglio sarebbe stato allora prevedere – analogamente a quanto è stabilito per le sezioni filtro presso la Corte di Cassazione – la relazione scritta, da depositare e da comunicare alle parti: probabilmente, tutti sarebbero più consapevoli dell'oggetto della discussione e giudizi a volte affrettati e superficiali lascerebbero il posto a decisioni maggiormente meditate.

Nell'attuale sistema, al relatore – ancorché consapevole della correttezza delle proprie ragioni – non conviene mai insistere, sia perché indugiare su una singola causa lo costringe a ritardare lo studio delle altre, sia perché radicalizzarsi su un punto può significare anche contrapporsi al presidente, il quale ne può trarre materia di giudizio in sede di valutazione professionale (sia di carriera, sia per gli incarichi direttivi e semidirettivi). Né ha un qualche senso – trattandosi oltre tutto di una procedura incidentale, che solo eventualmente può condurre alla declaratoria di inammissibilità – ricorrere allo strumento del plico sigillato, di cui all'art. 131 c.p.c., già così poco utilizzato anche per le sentenze.

I problemi legati al dissenso del relatore non finiscono qui. Infatti, oltre all'aspetto psicologico, si determina oggettivamente anche un allungamento del processo, perché l'estensore in minoranza impiega più tempo a costruire una sentenza che non condivide, proprio quando tutto l'attuale sistema è volto a comprimere i periodi temporali di stesura delle sentenze (le statistiche inviate periodicamente dagli uffici giudiziari sono ripartire secondo le varie scadenze, trenta giorni, sessanta giorni, centoventi giorni, oltre).

Nell'ipotesi di persistenza del contrasto è dunque consigliabile il trasferimento immediato dell'onere della motivazione su altro componente[21].

6. Collegialità e rimessione in istruttoria. - Una materia in cui il retto esercizio del principio della collegialità può produrre risultati virtuosi è quella della rimessione in istruttoria della causa posta in decisione.

Il problema non riguarda evidentemente quelle ipotesi fisiologiche – come le sentenze non definitive, perché riferite a questioni pregiudiziali o preliminari non risolutive o perché relative solo ad alcune delle domande proposte – in cui il tempo impiegato per pervenire alla precisazione delle conclusioni, per predisporre le comparse conclusionali e le memorie di replica ha comunque una sua giustificazione processuale e logica, giacché la domanda o l'eccezione delibata non costituisce più, in quel grado, oggetto di discussione[22]. Neppure possono essere considerati indicativi i casi, invero stavolta patologici e rari, nei quali la rimessione in istruttoria è utilizzata al fine di non caricarsi di una sentenza in più da parte di chi sta per lasciare l'ufficio.

Occorre invece esaminare le fattispecie in cui, pervenuto in sede di decisione dopo un giudizio caratterizzato dall'assenza o anche dallo svolgimento di una fase istruttoria, il giudice si

[21] In proposito, giova ricordare come, prevedendo il codice processuale che la motivazione della sentenza sia stesa dal relatore, a meno che il presidente non creda di stenderla egli stesso o affidarla all'altro giudice, sussista una presunzione - ribadita dall'art. 119, secondo comma, disp. att. c.p.c, che indica come sottoscrittori il presidente ed il relatore - di coincidenza delle figure del relatore e dell'estensore della sentenza. Tale presunzione può essere vinta solo dalla dimostrazione, in base alla documentale formulazione della stessa sentenza, dell'avvenuta sostituzione, nella posizione di estensore, del giudice autore della relazione con il presidente o con l'altro giudice. Così Cass. 5 luglio 2013 n. 16843.

[22] Tanto è vero che, qualora il giudice di primo grado, separando due cause connesse, ne decida una soltanto e rimetta, con separata ordinanza, l'altra in istruttoria, l'appello è proponibile soltanto contro la sentenza relativa alla causa decisa, non potendo il giudice di appello, per il principio del doppio grado di giurisdizione, esaminare l'altra causa rimessa in istruttoria e non ancora decisa; ne consegue che, qualora si impugni la disposta separazione dei processi, non può essere censurata l'ordinanza con la quale il giudice provvede per l'istruttoria della causa separata, bensì il provvedimento della sentenza con il quale è stata posta in essere la separazione delle cause (Cass. 30 marzo 2009 n. 7626)

rende conto di non poter concludere la causa perché l'istruttoria doveva essere svolta, oppure è incompleta, oppure non è univoca[23].

Sotto un profilo ordinamentale, va intanto premesso che, essendo la composizione dei collegi giudicanti disposta dal Presidente dell'ufficio giudiziario secondo le esigenze dell'ufficio stesso, la circostanza che il collegio cui venga rimessa la causa per la decisione sia composto in modo diverso da quello che, in precedente occasione, aveva preso in decisione la causa rimettendola sul ruolo per adempimenti istruttori, non importa alcuna nullità della sentenza emessa, perché non vi è alcun vizio di costituzione del giudice[24].

La decisione di rimettere il processo in istruttoria, *re melius perpensa*, se è pienamente legittima e costituisce una delle previsioni di cui all'attuale art. 279 comma 1° ("Il collegio pronuncia ordinanza quando provvede soltanto su questioni relative all'istruzione della causa, senza definire il giudizio") e comma 2° n. 4 e 5 c.p.c., per le sentenze non definitive, pur tuttavia rappresenta anche il sintomo di qualcosa che non ha funzionato per il verso giusto nella fase precedente alla decisione: una sottovalutazione dei mezzi dedotti dalle parti, una carenza di coordinamento fra giudici che si sono succeduti nel governo della causa, una mancanza di dialogo fra l'istruttore ed il collegio. In genere, dall'ordinanza non traspare alcunché di diverso da una eventuale giustificazione in punto di diritto, ma può essere indicativa della sfiducia nei confronti del relatore la decisione del collegio di riassumere davanti a sé uno o più mezzi di prova (art. 281 c.p.c.), normalmente rimessi all'istruttore della causa. Nell'ottica della ragionevole durata del processo, in ogni caso, la rimessione in istruttoria – provvedimento che ha natura ordinatoria, e quindi non è autonomamente impugnabile - dilata i tempi della decisione e costringe sia le parti sia il giudice ad un doppio lavoro[25].

Appare allora opportuno – pur dopo che, con la riforma del 1990, è stato abolito l'istituto del reclamo al collegio – che l'istruttore di primo grado, nelle cause collegiali, ma anche ove egli funge

[23] Nel senso che, di fronte a risultanze contrastanti, ritiene di ripetere il mezzo istruttorio e di non applicare la regola giurisprudenziale, secondo cui, nell'ipotesi di un'insanabile divergenza oggettiva tra le deposizioni testimoniali non superabile sulla scorta delle ulteriori risultanze istruttorie, l'insufficienza della prova si riverbera in danno della parte sulla quale grava l'onere della prova, comportando, conseguentemente, il rigetto della domanda da questa proposta (Cass. 10 marzo 2015 n. 4773; Cass. 15 febbraio 2010 n. 3478).

[24] Cass. 4 novembre 2014 n. 23423.

[25] Tanto più che l'ordinanza collegiale che rimette la causa dinnanzi all'istruttore determina la riapertura della fase istruttoria nella quale, essendo restituiti al giudice istruttore tutti i poteri per l'ulteriore trattazione della causa (art. 280 cod. proc. civ.), anche le parti debbono essere necessariamente investite, senza limitazioni di sorta, di tutte le facoltà che esse possono normalmente esercitare in tale fase, se non decadute. Ad esempio, una volta che la causa sia stata trattenuta in decisione, la rimessione sul ruolo istruttorio non può far rivivere una domanda alla quale la parte abbia, espressamente o implicitamente, rinunciato (Cass. 7 marzo 2007 n. 5215).

da giudice monocratico, tutte le volte che ha dei dubbi in ordine alla conduzione della causa, si consulti con i colleghi, per trarne utili indicazioni.

Non bisogna in proposito dimenticare la centralità del giudizio di primo grado, come luogo eletto e deputato alla formazione della prova, che lo stesso legislatore del 2012 ha voluto rimarcare attraverso l'introduzione del filtro in appello ed, ancor più attraverso la soppressione della possibilità – originariamente prevista dall'art. 345 comma 3° c.p.c. – per il collegio di ritenere indispensabile per la decisione della causa la produzione di documenti in secondo grado, relegando il giudice dell'appello a mero controllore della regolarità, in fatto ed in diritto, del provvedimento impugnato[26].

Ma è soprattutto nel secondo grado di merito, ad assoluta vocazione collegiale, che il valore del tempo rende imprescindibile una ponderazione delle ipotesi in cui la causa va rimessa in istruttoria. Per limitare al massimo il ricorso alla rimessione occorre allora una sinergia fra il relatore, il collegio e la cancelleria, tanto più opportuna adesso che, attraverso l'introduzione dell'art. 183 bis c.p.c.[27], è stata sostanzialmente incentivata, in primo grado, la diffusione del procedimento sommario di cognizione, il che implica, com'è ovvio, un ridimensionamento dell'attività probatoria consentita alla parte[28].

Il relatore, una volta ricevuto (tempestivamente, ossia con almeno dieci giorni di anticipo rispetto alla data di prima udienza) il fascicolo d'ufficio, completo del giudizio di primo grado, deve procedere ad una lettura approfondita e non superficiale degli atti.

E' necessario che possa conoscere la conduzione dell'istruttoria della prima fase, perché potrebbe essere già nelle condizioni di apprezzarne eventuali lacune o contraddizioni. Tuttavia, solo la valutazione della sentenza impugnata e dei motivi di appello può consentire un'appropriata focalizzazione delle attività consentite dal principio della *revisio prioris instantiae*, cui il giudice d'appello è tenuto: in altri termini, occorre che il supplemento istruttorio sia sollecitato esplicitamente dalla parte che se lo era visto respingere in primo grado e che lo ha riproposto anche in sede di precisazione delle conclusioni, risultandone altrimenti una rinuncia tacita (con riguardo ai

[26] E' molto critico sul punto G. IMPAGNATIELLO, *Il "filtro" di ammissibilità dell'appello*, in *Foro it.*, 2012, 10, 5, 295;Id., *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in Cassazione*, in *Il giusto proc. civ.* 2012, 3, 735. Per una panoramica del sistema probatorio in appello prima della riforma del 2009, cfr. R. DANOVI, *Note sull'effetto sostitutivo dell'appello*, in *Riv. Proc. Civ.* 2009, 6, 1466.

[27] Ad opera del D.L. 12 settembre 2014 n. 132, convertito nella legge 10 novembre 2014 n. 162

[28] In termini accentuatamente critici cfr. A. TEDOLDI, *La conversione del rito ordinario nel rito sommario ad nutum iudicis, (art. 183 bis c.p.c.)*, in *Riv. Proc. Civ.* 2015, 2, 490.

capitoli di prova), oppure che appaia necessario comunque dal complesso dei motivi di gravame dedotti (con riguardo ad una consulenza tecnica d'ufficio o ad un ordine di esibizione).

L'onere di reiterare le richieste istruttorie respinte al momento della precisazione delle conclusioni - poiché, diversamente, le stesse dovranno ritenersi abbandonate e non potranno essere riproposte in appello - costituisce un'elaborazione giurisprudenziale, ricavata dal sistema delle impugnazioni, sulla scorta degli artt. 189, 345 e 346 c.p.c.[29], che peraltro impegna fatalmente anche il difensore ad un notevole livello di attenzione. La rinuncia tacita è infatti reputata a prescindere da ogni indagine sulla volontà della parte interessata, così da esonerare il giudice del gravame dalla valutazione sulla relativa ammissione o dalla motivazione in ordine alla mancata ammissione[30]. La suddetta interpretazione non contrasta del resto neppure con gli artt. 47 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, né con gli artt. 2 e 6 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (ratificato con legge 2 agosto 2008, n. 130), né con gli artt. 24 e 111 Cost., non determinando alcuna compromissione dei diritti fondamentali di difesa e del diritto ad un giusto processo, poiché dette norme processuali, per come valutate, senza escludere né rendere disagevole il diritto di "difendersi provando", subordinano, piuttosto, lo stesso ad una domanda della parte che, se rigettata dal giudice dell'istruttoria, va rivolta al giudice che decide la causa, così garantendosi anche il diritto di difesa della controparte, la quale non deve controdedurre su quanto non espressamente richiamato[31].

In sostanza, ad un magistrato scrupoloso, ed intellettualmente onesto, dotato di preparazione giuridica e costante aggiornamento, occorre affiancare un appellante in grado di individuare le anomalie della sentenza impugnata e di condurre il giudice ad indagare su di esse, altrimenti la sentenza va confermata, ancorché erronea.

Se ritiene che possa o debba essere disposto il supplemento istruttorio, il relatore deve avvisare gli altri componenti del collegio, magari sottoponendo il problema nel corso di una camera di consiglio, sempre antecedentemente alla prima udienza. Qualora l'orientamento dei membri sia favorevole, in sede di prima udienza la Corte può assumere la causa in riserva (anche per poter

[29] Cass. 14 ottobre 2008 n. 25157.

[30] Così Cass. 27 aprile 2011 n. 9410, in *Guida dir.* 2011, 26, 61, con nota di M. PISELLI, *La Corte privilegia l'interpretazione restrittiva a tutela di contraddittorio e giusto processo.*

[31] Cass. 27 giugno 2012 n. 10748. Fanno eccezione le controversie soggette al rito del lavoro, ove non vi sono udienze di mero rinvio o di precisazione delle conclusioni, ogni udienza è destinata alla decisione e, pertanto, qualora le parti abbiano tempestivamente articolati mezzi di prova nei rispettivi atti introduttivi, il giudice non può desumere l'abbandono delle istanze istruttorie dalla mancanza di un'ulteriore richiesta di ammissione nelle udienze successive alla prima (Cass. 27 febbraio 2014 n. 4717).

valutare la comparsa eventualmente depositata dall'appellato, se costituitosi quel giorno), oppure può dettare le disposizioni del caso direttamente a verbale. In tal modo si può evitare tutto il tempo necessario per la spedizione a sentenza, per la camera di consiglio e per la nuova udienza di precisazione delle conclusioni, in esito all'espletamento dell'incombente istruttorio.

Anche il presidente di sezione può svolgere un ruolo attivo a monte, attraverso una lettura sia pur sommaria delle impugnazioni attribuite alla sezione, però in grado di cogliere almeno le falle istruttorie più evidenti del provvedimento gravato. Infatti, diversamente dal primo grado – in cui dall'atto di citazione non è dato comprendere quale sarà lo sviluppo istruttorio del giudizio – il principio di *revisio prioris instantiae* fa in modo che l'atto introduttivo di appello sia già particolarmente indicativo della materia del contendere in secondo grado, tanto è vero che la quasi totalità delle cause che vi pervengono è matura per la decisione sin dalla prima udienza[32]. Così, un controllo pregnante da parte del presidente, prima dell'assegnazione ai consiglieri, oltre che indicare l'approssimativo grado di difficoltà degli appelli, può servire anche a "calmierare" il peso dei ruoli fra i componenti di una stessa sezione ed ad individuare subito anomalie eclatanti nell'impostazione del giudice di primo grado. Non per niente, le tabelle degli uffici giudiziari prevedono uno sgravio del carico del presidente, anche in funzione di un'attività di previo controllo sommario delle cause assegnate.

Non può poi essere sminuita, e men che meno dimenticata, la necessaria e fattiva collaborazione del personale ausiliario di cancelleria, chiamato a portare a termine una serie di adempimenti (fra cui, innanzi tutto, il reperimento tempestivo e la consegna dei fascicoli di primo grado nella fase antecedente la prima udienza, e le comunicazioni dell'ordinanza alle parti, nella fase successiva).

7. Problematiche in tema di decisione collegiale. - Il voto sull'esito finale della discussione non sempre esaurisce l'ambito delle questioni sottoposte al collegio, perché può essere necessaria una pronunzia anche sui passaggi logici che hanno condotto alla decisione ultima. Fermo restando che il problema non può essere circoscritto ad un puro problema di stile (posto che ciascun estensore ha il suo), la soluzione dovrebbe essere quella indicata dall'art. 276 comma 3° c.p.c., a proposito delle questioni pregiudiziali: il presidente mette ai voti due delle soluzioni per escluderne

[32] C. CEA, *L'organizzazione dell'ufficio del giudice civile di appello,* in *Foro It.*, 2010, V, 169 e ss.

una, quindi mette ai voti la non esclusa e quella eventualmente restante, e così successivamente finché le soluzioni siano ridotte a due, sulle quali avviene la votazione definitiva[33].

E' poi possibile che il relatore – estensore sia convocato dal presidente, per procedere a modifiche sul percorso logico seguito nella stesura della minuta: in tal caso, la discussione finisce per essere bifasica e pone problemi di compatibilità con il principio collegiale, perché il terzo componente non viene solitamente chiamato a partecipare a questa appendice. Se dovesse essere presente effettivamente, inoltre, la maggioranza iniziale potrebbe essere modificata e ciò determinerebbe un'ulteriore complicazione.

8. Collegialità e responsabilità civile dei magistrati. - Il principio di collegialità ha tratto ancor maggiore importanza dalla modifica della normativa in tema di responsabilità civile dei magistrati, che, oltre ad aver abolito il filtro preliminare di ammissibilità dell'azione (di cui all'art. 5 della legge 13 aprile 1988 n. 117), ha altresì inserito, fra le ipotesi di colpa grave – oltre alla violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea – anche e soprattutto il travisamento del fatto e delle prove, accanto ai casi riproposti dell'affermazione di un fatto, la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento, o la negazione di un fatto, la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento. Travisamento del fatto e delle prove che, nello stesso intendimento del legislatore, è cosa diversa dall'attività di interpretazione di norme di diritto o da quella di valutazione del fatto e delle prove (art. 2). Poiché anche chi non è relatore – e dunque ignora normalmente le circostanze fattuali e le prove della causa affidata alla cura altrui – concorre a formare la volontà dell'organo collegiale, resta parimenti soggetto all'azione di rivalsa dello Stato (art. 7): ciò si desume agevolmente dalla circostanza che il comma 3° della stessa norma prevede la responsabilità anche dei giudici popolari (ma soltanto in caso di dolo) nonché dei "cittadini estranei alla magistratura" che concorrono a formare o formano organi giudiziari

[33] Va peraltro segnalato come la più recente giurisprudenza abbia ripetutamente applicato il principio della "ragione più liquida", il quale, imponendo un approccio interpretativo con la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo, piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica, consente di sostituire il profilo di evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare, in una prospettiva aderente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, costituzionalizzata dall'art. 111 Cost., con la conseguenza che la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione - anche se logicamente subordinata - senza che sia necessario esaminare previamente le altre. (Cass. Sez. Un. 8 maggio 2014 n. 9936; Cass. 28 maggio 2014 n. 12002).

collegiali e che rispondono altresì per dolo o negligenza inescusabile per travisamento del fatto o delle prove[34]. A maggior ragione, sono dunque coinvolti gli altri giudici togati, diversi dal relatore.

È evidente come la nuova legislazione, generalizzando sostanzialmente il sistema della responsabilità, metta tutti i componenti del collegio nelle condizioni o di fare un atto di fede oppure di doversi riguardare (se giudici di merito) i fascicoli di parte ed il verbale di causa, con un conseguente insostenibile aggravamento del lavoro ed allungamento dei tempi processuali, in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.).

9. Conclusioni. - Si può, a questo punto, tentare di rispondere alla domanda formulata in apertura, e cioè se il principio di collegialità costituisca ancora un valore attuale per l'ordinamento giuridico e per la stessa magistratura, soprattutto in tempi di pandemia e distanziamento sociale.

Ciò che appare all'esterno come il risultato di una volontà unica (ossia la riduzione ad unità delle distinte opinioni dei partecipanti), porta talvolta con sé qualche distorsione interna, dovuta ad atteggiamenti autoreferenziali o al cattivo uso dei poteri presidenziali. E' perciò forte la tentazione di abdicare alle regole ed alla prassi, in favore dello *smart working* anche per i magistrati. Ma l'udienza collegiale da remoto finirebbe inevitabilmente per diminuire le garanzie di obiettività e di terzietà per i cittadini e dunque il livello di democrazia del Paese. E' quindi sommamente auspicabile che si ritorni al più presto ad una celebrazione "fisica" e non più virtuale della camera di consiglio: lo sforzo di tutti verso una leale collaborazione fra i componenti del collegio, pur nel rispetto delle singole funzioni, costituisce la migliore risposta a qualunque ipotesi di depotenziamento dell'attività giurisdizionale.

Abstract: Il principio della collegialità, ricavabile dal codice di rito e da altre disposizioni, è in crisi, tanto più in tempi di pandemia. Dal punto di vista strutturale, il collegio consegna all'esterno un prodotto apparentemente monolitico (la sentenza o l'ordinanza). Tuttavia, all'interno della camera di consiglio, possono svilupparsi dinamiche talvolta particolari ed il comportamento dei

[34] Fra i primi commenti alla riforma sulla responsabilità civile dei giudici, F.P. LUISO, *La responsabilità dei magistrati: qualche osservazione dopo che il Senato ha approvato la riforma,* in *www.judicium.it,* 2015; G. VERDE, *Non è questa la strada per ricomporre l'equilibrio dei poteri,* in *Guida dir.* 2015, 13, 17; P. TRIMARCHI, *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge,* in *Corr. Giur.*, 2015, 7, 893; L. ROVELLI, *Un primo inquadramento sistematico sul tema della responsabilità civile dei magistrati,* in *Giust. Civ.* 2015, 3, 433.

singoli componenti non sempre è in linea con il ruolo assegnato dalla legge. Esempio emblematico è costituito dall'applicazione dell'art. 348 bis c.p.c. Ed, invece, la collaborazione imposta dal principio collegiale può rivelarsi molto importante, anche ai fini del restringimento dei tempi del processo, come nelle ipotesi di rimessione in istruttoria. Fra l'altro, un rinnovato interesse verso la formazione della volontà collegiale deriva anche dalla legge sulla responsabilità civile dei magistrati.

The principle of collegiality, obtainable from the procedural code and other provisions, is in crisis, especially in times of pandemic. From a structural point of view, the college delivers outside a seemingly monolithic product (the judgement or the decree). However, inside the Council Chamber, occasionally particular dynamics may arise and behaviour of the individual components is not always compliant with the role assigned by law. An emblematic example is application of art. 348 bis c.p.c. And, on the other hand, the cooperation imposed by the principle of collegiality can prove to be very important, also including the purpose of narrowing the long duration of trial, as in the case of come back under preliminary activity. Among other things, a renewed interest in the formation of the collegiate will derives as well from the law on the civil liability of judges.

Filippo Scapellato

Emergenza coronavirus, misure penitenziarie e magistratura di sorveglianza

SOMMARIO: 1. Carceri e rischio-contagio. Le misure che non comportano scarcerazione. - 2. Carceri e rischio-contagio: la misura deflattiva prevista dal governo e le alternative possibili. - 3. Problemi di efficacia della detenzione domiciliare. - 4. Problemi di sovraccarico (e di sovraesposizione) per la magistratura di sorveglianza. L'alternativa possibile.

1. Carceri e rischio-contagio. Le misure che non comportano scarcerazione

Sin dall'inizio dell'emergenza Covid-19 sono emerse preoccupazioni per l'eventuale diffusione del contagio all'interno degli istituti di pena giacché al loro interno si verificano quelle condizioni che in ambiente esterno le autorità sanitarie raccomandano in ogni modo di evitare in quanto favoriscono la trasmissione del virus da persona a persona.

Il riferimento è ovviamente all'impossibilità, o comunque estrema difficoltà, di mantenere la prescritta distanza fra gli individui (quella minima dovrebbe essere di un metro, ma in molti la giudicano insufficiente), di evitare gli assembramenti, di impedire contatti fra le persone o comunque delle persone con oggetti ed ambienti eventualmente contaminati da altri. In proposito non è ancora chiaro per quanto tempo (comunque si parla quantomeno di ore) il virus resti vitale sulle superfici, ciò che sembra dipendere anche dal tipo di materiale, e all'interno degli ambienti, ciò che dipende tra l'altro dal grado di aerazione dei locali.

Gli istituti di pena si caratterizzano per la compresenza e convivenza di una moltitudine di persone all'interno di un unico edificio o di un complesso organico di edifici, dove si condividono camere di pernottamento, locali di passaggio (corridoi, ingresso, pianerottoli), locali destinati alle attività lavorative, formative, culturali e ricreative (aule di scuola, laboratori, biblioteche, teatro, palestra, sale per la socialità), ma anche locali infermeria, cucine, lavanderia, cappella, e così via. Non si devono dimenticare poi gli uffici del personale amministrativo e della polizia penitenziaria, ma neppure gli ambienti esterni, specie se di ridotte dimensioni e molto frequentati (locali destinati al "passeggio", cioè alle ore all'aperto).

Le linee di intervento su cui l'amministrazione penitenziaria si può muovere sembrano essere dunque di due tipi, il primo volto a limitare il contatto all'interno degli istituti, il secondo volto a limitare i contatti tra l'esterno e l'interno degli stessi.

Sotto il primo profilo si potrebbe, per fare qualche esempio, mantenere stabili le composizioni delle camere di pernottamento (celle) senza assegnazione di detenuti ad una nuova cella, con altre persone, se non davvero indispensabile (ad esempio a seguito di liti violente), sospendere, analogamente a quanto disposto per l'ambiente libero, le attività trattamentali in comune (classi di scuola, gruppi di lavoro), ecc. Si potrebbe anche pensare alla temporanea sospensione del regime di sorveglianza dinamica, con le celle aperte per svariate ore al giorno e con i detenuti che passano da un locale all'altro all'interno della sezione di appartenenza, così come della socialità in apposite sale dedicate. Tuttavia si tratta di soluzioni spesso impraticabili o comunque inutili a causa di altre, ineliminabili, occasioni di potenziale contagio: se un detenuto è scarcerato la composizione della cella è per forza modificata perché un altro detenuto prende il posto di quello, locali come la cucina vedono l'impiego e quindi il contatto di detenuti provenienti da diverse sezioni, così come la maggioranza degli altri locali destinati ad attività in comune o comunque non separati per sezioni (teatro, infermeria); all'interno di una stessa sezione la sospensione del regime delle "celle aperte" causerebbe, specie nel momento emergenziale, un surplus di ansia e malumore, e comunque non sarebbe risolutivo perché le porte delle celle (una contigua all'altra) non possono restare ermeticamente chiuse anche di giorno, vi sono detenuti lavoranti che hanno necessariamente contatti con tutti gli altri (portavitto), l'aerazione dei locali non può esser tale da garantire l'immediata scomparsa del virus ove presente.

Sotto il profilo dei contatti con l'esterno, il d.l. 8 marzo 2020, n.11, ha introdotto norme destinate a ridurre le occasioni di contagio provenienti dall'ambiente extramurario, mentre altre accortezze possono essere previste dall'amministrazione. Così l'art.2, c.8, d.l. citato, ha stabilito che i colloqui visivi dei condannati, degli internati e degli imputati con i congiunti ed altre persone si svolgano a distanza, cioè con sistemi di collegamento, anche video, o siano sostituiti da telefonate, che verranno autorizzate anche in numero superiore a quelle ordinariamente previste. La stessa norma ha previsto, al comma 9, la possibilità per la magistratura di sorveglianza di sospendere "la concessione" dei permessi premio e del regime di semilibertà. Questa previsione potrebbe essere considerata come alquanto singolare perché il permesso, premio o di necessità, è beneficio concesso e governato dal Magistrato di Sorveglianza che può senz'altro decidere, anche senza la previsione del d.l., di sospenderne la concessione o l'esecuzione, tanto che sul punto la previsione in discorso sarebbe da considerare come avente non tanto natura normativa quanto di "suggerimento"; più probabilmente però si tratta di consentire al Magistrato di Sorveglianza di respingere, richiamando

la situazione emergenziale e senza incorrere in possibili riforme in sede di reclamo ai sensi dell'art.30bis o.p., l'istanza del detenuto anche in presenza di tutti i requisiti (si pensi, per il permesso di necessità, al caso di uno stretto congiunto in imminente pericolo di vita e senza che risultino motivi ostativi legati alla pericolosità del detenuto stesso; si pensi, per il permesso premio, al caso del detenuto che fruisce regolarmente degli stessi da molto tempo e che, senza alcuna regressione comportamentale, se ne vede interrompere la concessione in spregio al principio di continuità trattamentale). Per quanto riguarda la semilibertà, la previsione della possibile sospensione della sua "concessione" pone problemi interpretativi più ardui perché alla lettera sembrerebbe trattarsi unicamente della possibilità di rinviare la decisione (almeno se di accoglimento) delle istanze dei detenuti volte ad ottenere detta misura alternativa, quindi la norma servirebbe solamente a rendere non censurabile, più che altro dal punto di vista disciplinare, il rinvio della decisione in un procedimento già istruito e maturo per l'adozione del provvedimento; certo, la *ratio* non perfettamente comprensibile del disposto in esame non potrà escludere interpretazioni meno letterali, anche se rispondenti alla *ratio* della norma (evitare uscite e rientri dall'istituto di pena), quali quella secondo cui la disposizione in questione facoltizza il Magistrato di Sorveglianza a sospendere (non solo la concessione ma) anche l'esecuzione della semilibertà già concessa aggiungendosi così un nuovo caso di sospensione ai casi finora previsti dalla legge, cioè il venir meno dei requisiti legati al titolo di reato ed al *quantum* di pena già espiata (ciò che si può verificare a seguito della sopravvenuta irrevocabilità di nuovi titoli esecutivi: art.51bis o.p.) o il sopravvenire di motivi legati alla condotta ed alla pericolosità del soggetto (art.51ter o.p.); o quella secondo cui detta sospensione potrebbe avere il senso di legittimare il magistrato a sospendere/revocare temporaneamente la già avvenuta approvazione da parte sua del programma di trattamento, quello che con le sue previsioni consente la concreta operatività della misura alternativa e quindi l'uscita ed il rientro del detenuto semilibero: si eviterebbe così di dover dichiarare la cessazione della misura, che comporta la necessità una volta finita l'emergenza di una nuova istanza di semilibertà del detenuto e di un'udienza per la sua nuova concessione.

Successivamente il d.l. 17 marzo 2020, n.18, ha previsto, all'art.124, la possibilità di concedere ai semiliberi licenze straordinarie, in numero eccedente gli ordinari 45 giorni all'anno previsti, fino alla fine del mese di giugno 2020; questa possibilità va utilizzata con estrema cautela perché i detenuti semiliberi molto spesso sono soggetti con un curriculum penale allarmante, a volte con una pena residua niente affatto trascurabile o addirittura in espiazione dell'ergastolo, senza

considerare che altrettanto spesso si tratta di detenuti ai quali nessun'altra misura è stata concessa perché non ritenuta abbastanza contenitiva in relazione al loro livello di affidabilità e di pericolosità residua; inoltre consentire ad un semilibero di restarsene continuativamente in ambiente libero per mesi può significare, soprattutto quando la pena residua sia "importante", che alla fine dell'emergenza diventi insofferente alle restrizioni nuovamente applicate, con conseguente pericolo sia di fuga che di violazione delle prescrizioni o addirittura della legge penale. Comunque nel far ricorso a questa "licenza straordinaria" bisognerà valutare attentamente e concretamente il rischio di contagio che il regime di semilibertà comporta nella particolare e specifica situazione; infatti, a parte il fatto che la chiusura di molte attività impedisce il proseguimento dell'attività di lavoro svolta e quindi impone la sospensione della misura in vista della dichiarazione della sua cessazione (cioè la revoca non colpevole) oppure una temporanea sospensione di fatto mediante variazione del programma di trattamento, in molti istituti di pena i semiliberi non sono allocati nelle sezioni con gli altri detenuti, ma occupano addirittura edifici separati, senza contatti con gli altri reclusi, ragion per cui il rischio di contagio è ridottissimo e tale da non giustificare il ricorso allo strumento di cui al citato art. 124.

Per quanto riguarda le misure che possono essere adottate dall'amministrazione penitenziaria, analoghe iniziative di sospensione (che non necessitano di una espressa norma di legge) possono riguardare in primo luogo il lavoro all'esterno ex art.21 o.p., che presenta forti analogie sostanziali con la semilibertà per il fatto che anche in questo caso il detenuto è ammesso ad uscire durante il giorno per recarsi a lavorare fuori del carcere per poi farvi rientro alla fine della prestazione lavorativa (magari dopo esser passato presso l'abitazione dei familiari per incontrarli); la Direzione può dunque modificare il programma di trattamento sospendendo il lavoro all'esterno e sottoporlo al Magistrato di Sorveglianza per l'approvazione. In secondo luogo la Direzione può agire nello stesso modo (variazione del programma di trattamento e sua sottoposizione al Magistrato di Sorveglianza per l'approvazione) anche per la semilibertà, considerazione, questa, che può contribuire a spiegare la menzione, nell'art.124 cit., della sola possibilità per il Magistrato di Sorveglianza di sospendere la concessione della semilibertà, senza alcun riferimento alla sospensione della sua esecuzione.

Anche sotto il profilo delle misure volte ad evitare i contatti tra l'esterno e l'interno del carcere comunque vi sono delle situazioni impossibili da affrontare in maniera efficace: basti pensare per tutte all'ingresso di nuovi detenuti e al quotidiano ingresso e uscita del personale che

lavora all'interno del carcere. Si tratta di fattori che tolgono gran parte di utilità alle misure introdotte dai decreti legge suindicati e a quelle adottabili dall'amministrazione.

2. Carceri e rischio-contagio: la misura deflattiva prevista dal governo e le alternative possibili.

Il passo immediatamente successivo è stato perciò quello di incidere sul numero dei detenuti all'interno del sistema penitenziario. Per un verso con lo scopo di ridurre, in caso di diffusione del contagio, il danno costituito dal numero dei potenziali infettati; per altro verso, si è sostenuto, con lo scopo di garantire in maggior misura il mantenimento di quelle accortezze igieniche raccomandate da sanitari ed esperti (distanza interpersonale di uno o più metri, evitare lo scambio di oggetti personali, ecc. ecc.). Merita appena di essere evidenziato che i sostenitori del riduzionismo carcerario a tutti i costi (o meglio dell'abolizionismo carcerario con l'eccezione di alcuni delitti) non hanno perso tempo nello sfruttare anche l'emergenza sanitaria per tornare alla carica gridando al sovraffollamento delle carceri e invocare nuovi interventi per svuotarle, probabilmente fomentando così anche i malumori e le vere e proprie sommosse che si sono verificate all'interno degli istituti di pena da parte di gruppi di detenuti che, dal canto loro, non aspettavano altro che l'occasione e la scusa per dimostrare –ci si perdoni l'ironia- la piena efficacia nei loro confronti dell'opera di rieducazione svolta dagli operatori penitenziari.

Il fatto è che il sovraffollamento, a ben vedere, c'entra ben poco con i rischi connessi al coronavirus. La diffusione del contagio invero non sembra possa essere evitata o limitata per la semplice osservanza della capienza regolamentare delle carceri: se in una cella per quattro persone si collocano cinque detenuti o se la sezione per un totale di cento detenuti ne ospita in realtà centodieci le conseguenze sul rischio di contagio, in termini di aumento del rischio stesso, paiono prossime allo zero perché la diffusione del virus –assai facile, dicono gli esperti, giacché avviene anche solo per via aerea e per contatto con oggetti già contaminati- è determinata dalla convivenza negli stessi spazi e dall'utilizzo degli stessi locali e spesso dal maneggiare gli stessi oggetti, ciò che all'interno di una cella, di una sezione, di un carcere non può in alcun modo essere evitato a prescindere dal numero, regolamentare o meno, dei detenuti presenti. Se un detenuto è portatore del virus quasi certamente lo trasmetterà ai suoi compagni di cella sia che questi siano tre sia che siano quattro sia che siano cinque. Quindi a nostro avviso l'utilità della riduzione del numero di detenuti nell'emergenza sanitaria è riconducibile unicamente al fatto che in caso di contagio il numero di

infettati sarà minore, mentre non è pensabile che la presenza di un minor numero di detenuti possa evitare la diffusione del virus una volta che esso sia entrato in un istituto di pena, con l'eccezione, forse (in realtà non è certo neppure in questo caso, come sopra si diceva), delle sole carceri nelle quali le camere di pernottamento sono tutte singole.

A definitiva conferma che i "riduzionisti/abolizionisti" hanno colto al volo l'occasione del coronavirus per riproporre le loro istanze senza una vera connessione con il problema emergenziale in corso basta considerare il tipo di interventi da loro richiesti, spesso sganciati dalla possibilità di una scarcerazione immediata (l'unico obiettivo comprensibile: l'emergenza è adesso!), ma destinati invece a ridurre la pena un po' a tutti su vasta scala: il riferimento è evidentemente alla richiesta, di cui in questi giorni si legge, di riesumare la "liberazione anticipata speciale", cioè un aumento dell'abbuono semestrale di pena per buona condotta (ci si perdoni la formula riassuntiva) che dovrebbe passare, secondo le proposte, da 45 giorni a 60, 75, ecc. È chiaro che moltissimi detenuti otterrebbero un ulteriore sconto di pena senza poter essere subito scarcerati, ma "monetizzando" questo vantaggio fra anni, senza alcun nesso con l'emergenza coronavirus. Tra l'altro si tratterebbe dell'ennesima tegola sulla testa dei Magistrati di Sorveglianza, che sarebbero sommersi da valanghe di istanze da istruire e decidere come accadde ai tempi delle misure straordinarie per ridurre il sovraffollamento a seguito della sentenza Torreggiani della CEDU.

Premesse queste considerazioni sull'utilità di ridurre il numero di presenze in carcere e sulle istanze levatesi a richiedere interventi di deflazione carceraria, si deve mettere in rilievo che da subito la magistratura di sorveglianza aveva da più parti avvertito che sarebbe stato insostenibile - per le sue concrete possibilità date dall'organico dei magistrati e del personale realmente in servizio rispetto agli organici teorici nonché dalle complessive, scarse, risorse a sua disposizione- raggiungere tale obiettivo mediante interventi che riversassero ancora una volta sulle sue spalle il peso delle emergenze penitenziarie.

Per perseguire l'obiettivo della riduzione dei detenuti senza aggravare il carico di lavoro della magistratura di sorveglianza le strade percorribili potevano essere due. La prima costituita da una legge clemenziale (amnistia o indulto), che avrebbe facilmente raggiunto l'obiettivo voluto individuando con esattezza i requisiti di applicazione. La seconda consistente nella previsione di una misura demandata sì all'intervento della magistratura di sorveglianza, ma "automatica", cioè

concedibile previa esclusiva verifica di requisiti oggettivi, immediatamente rilevabili, e senza alcuna valutazione discrezionale circa la meritevolezza o meno del singolo detenuto.

Così non è stato, perché da un lato il parlamento non ha manifestato alcuna intenzione di lavorare su un testo di legge di amnistia o indulto, dall'altro lato l'art. 123 del d.l. n.18/2020 redatto dal governo ha introdotto un rimedio per un verso caratterizzato da marcata timidezza (e quindi limitata efficacia), per altro verso gravante ancora una volta in maniera eccessiva sulla magistratura di sorveglianza.

Si tratta della riedizione dell'esecuzione presso il domicilio, quella sorta di detenzione domiciliare ideata nel 2010 con la legge n. 199 tra gli strumenti deflattivi volti a ridurre il sovraffollamento carcerario a seguito delle note pronunce della CEDU. In realtà si tratta di una misura i cui caratteri di rapidità si esauriscono nel rito *de plano* (comunque previo parere del PM) e, teoricamente, in quella che il legislatore anche allora presentò come una concedibilità quasi automatica al ricorrere di alcuni requisiti di facile verificabilità; di fatto tuttavia la necessità di valutare l'assenza di elementi concreti indicanti il pericolo di fuga o di commissione di nuovi reati costituiva un appesantimento notevole per il magistrato di sorveglianza e per l'istruttoria da espletare, ma rispondeva ad un ben preciso orientamento della corte costituzionale che, perfino in relazione al cd. indultino di cui alla legge n. 207/2003, ebbe modo di puntualizzare con la sentenza n. 255/2006 che andava riconosciuta all'istituto natura di misura alternativa, con la conseguenza che la sua concessione non poteva prescindere da un giudizio circa la meritevolezza del condannato.

3. Problemi di efficacia della detenzione domiciliare.

La previsione, oggi, della stessa misura (chiamata tuttavia "detenzione domiciliare"), seppur con alcune modifiche circa i requisiti richiesti, si traduce in uno strumento lento e poco efficace per le finalità avute di mira.

Lo strumento (applicabile su istanza di parte e perciò non anche d'ufficio come le altre misure alternative) è poco efficace perché, a parte l'ovvia ed indispensabile verifica dell'esistenza, disponibilità ed idoneità del domicilio indicato dall'istante:

a) è applicabile solo per pene, anche residue, non superiori a 18 mesi e dunque riferibili a detenuti già ritenuti pericolosi o senza risorsa alcuna in ambiente extramurario (magari neppure un domicilio idoneo), giacché in caso contrario avrebbero già avuto accesso ad una misura alternativa;

b) è prevista l'esclusione dei soggetti riconosciuti portatori di pericolosità qualificata

(delinquenti abituali, professionali o per tendenza; non invece i contravventori abituali), per i quali la legge prevede tra l'altro la sottoposizione a misura di sicurezza;

c) è prevista l'esclusione dei detenuti condannati per reati indicati nell'art.4bis o.p. e per i reati di cui agli artt. 572 e 612bis c.p.; alla consueta esclusione per i reati "ostativi" di cui all'art.4bis perciò si aggiunge quella dei reati di maltrattamenti ed atti persecutori, ciò che difficilmente si comprende se si tiene conto che gli autori di maltrattamenti, in particolare, potrebbero disporre di un domicilio dove andrebbero a vivere da soli e quindi senza rischio di reiterazione del reato, senza contare che la presenza di potenziali vittime va in ogni caso valutata, a prescindere dal reato commesso, come criterio di accertamento dell'idoneità del domicilio indicato nell'istanza; non è specificato se si debba procedere o meno allo scioglimento del cumulo in caso di pene relative a più reati alcuni dei quali esclusi dal beneficio, ma data la natura emergenziale dell'istituto è preferibile la soluzione negativa in quanto, dal punto di vista giuridico, per le misure di questo tipo la giurisprudenza di legittimità ha in passato escluso tale operazione e, dal punto di vista pratico, nel caso contrario l'attività dei magistrati sorveglianza e delle cancellerie verrebbe paralizzata dall'istruttoria necessaria ad acquisire le sentenze di condanna e dai calcoli necessari per verificare qual è la parte di pena riferibile a ciascun reato;

d) è prevista l'esclusione –del tutto correttamente- di coloro che sono stati sottoposti al regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14bis o.p. perché pericolosi per la sicurezza interna dell'istituto di pena, siano stati protagonisti in carcere di recenti (cioè commesse nell'ultimo anno) infrazioni disciplinari caratterizzate da violenza ed aggressività (sintomo di persistente pericolosità) e di coloro che siano stati destinatari di rapporto disciplinare (anche non ancora sfociato in sanzione) perché coinvolti (a qualunque titolo: promotori, capi, partecipi, ecc.) nei recenti episodi di sommossa avvenuti all'interno di alcune carceri proprio per pretendere misure comportanti la scarcerazione; è evidente che lo Stato non può accordare alcun beneficio, fosse anche caratterizzato da scopi emergenziali di igiene e sanità, a chi abbia messo a ferro e fuoco il carcere come ricatto nei suoi confronti; per questo deve ritenersi che l'esclusione resti operante anche quando il reclamo contro la sanzione disciplinare sia stato accolto non per motivi di merito ma per motivi di forma attinenti al procedimento disciplinare, ove resti comunque accertata la commissione del fatto;

e) vi è la previsione –inedita nel settore penitenziario- della necessaria applicazione del braccialetto elettronico per chi ha pene residue tra i 6 e i 18 mesi (che deve manifestare il consenso previamente, cioè prima della decisione dell'istanza), con ineseguibilità della misura fino alla

disponibilità di detti dispositivi di controllo; trattasi di condizione di eseguibilità e non di concedibilità della misura, perché la magistratura di sorveglianza non ha alcun controllo sulla disponibilità dei dispositivi di controllo elettronico e soprattutto vi è la previsione espressa di una vera e propria lista d'attesa laddove si stabilisce che la "esecuzione" avviene progressivamente a partire dai detenuti con pena residua inferiore (comma 1, n.5, ultimo periodo). È chiaro che tale previsione, considerata la scarsa disponibilità dei predetti dispositivi di controllo, rende oltremodo inefficace la misura introdotta e rischia di far lavorare a vuoto i Magistrati di Sorveglianza.

f) con il richiamo nei limiti della compatibilità (comma 8) alle disposizioni dell'art. 1, legge n. 199/2010, diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 4, vengono poi esclusi dal beneficio coloro che si siano visti revocare una misura alternativa secondo la disciplina dell'art. 58quater o.p.

Aver limitato la misura a pene di entità ridotta e l'esclusione di determinate categorie di detenuti è frutto di una precisa scelta politica volta ad evitare la reimmissione in ambiente esterno di un numero di detenuti con pene elevate e in ogni caso presumibilmente portatori di una pericolosità non trascurabile, ma si scontra pesantemente con la finalità deflattiva della norma. Per di più l'infelice formulazione della prima parte dell'art. 123 ("in deroga al disposto dei commi 1, 2 e 4 dell'art.1 della legge 26 novembre 2010, n. 199") ha già fatto sorgere due diverse interpretazioni, la prima che esclude l'applicabilità, fino al 30 giugno 2020, dell'originaria esecuzione presso il domicilio, la seconda che continua ad ammetterla. Entrambe le soluzioni hanno alcuni elementi a favore, in particolare la prima evita che possano essere scarcerati fra gli altri i detenuti coinvolti nelle recenti rivolte, la seconda consente di scarcerare, grazie alla concessione di quella misura "originaria", categorie di detenuti ora escluse, andando comunque nella direzione deflattiva perseguita dal governo, anche se, va detto, resta comunque impregiudicata la possibilità di concedere anche in via monocratica provvisoria le altre misure alternative previste dall'ordinamento, per le quali un problema di sopravvivenza sicuramente non si pone.

4. Problemi di sovraccarico (e di sovraesposizione) per la magistratura di sorveglianza. L'alternativa possibile.

Oltre a presentare problemi di reale efficacia deflattiva, questa nuova esecuzione presso il domicilio va a gravare sulla magistratura di sorveglianza -già pesantemente e progressivamente oberata ed ora in situazione di emergenza per i malumori dei detenuti, la crisi sanitaria e le misure

già introdotte- perché rispetto alla bozza che da qualche giorno circolava, nella quale le valutazioni da effettuare erano caratterizzate da oggettività, è stato alla fine introdotto, nel decreto legge effettivamente varato, un elemento di ampia discrezionalità costituito dall'assenza di "gravi motivi ostativi" (comma 2). Ciò comporta che la previsione di quella che doveva essere un'istruttoria limitata e demandata agli istituti di pena ed alla polizia penitenziaria (su pena residua, titolo di reato, sanzioni disciplinari per infrazioni determinate, disponibilità di idoneo domicilio, senza necessità di una relazione di sintesi sull'osservazione del detenuto) viene vanificata dalla necessità di valutare che non sussistano motivi ostativi alla concessione della misura: il tutto si traduce nella necessità di acquisire quantomeno i certificati dei carichi pendenti del luogo d'origine e/o di commissione dei reati e gli eventuali precedenti provvedimenti della magistratura di sorveglianza, ma anche -non sarebbe da escludere- le relazioni delle forze dell'ordine e informazioni dal carcere, perché possono esservi episodi concreti che, pur non sfociati per i motivi più vari in sanzioni disciplinari, potrebbero essere rilevanti per individuare i predetti motivi ostativi.

È allora prevedibile che, data la finalità del decreto legge, parte dei magistrati di sorveglianza si orienti per un'interpretazione "riduttiva" circa la necessità di valutare la presenza di quei motivi ostativi, mentre altra parte adotti una linea più "prudente" e conduca un'istruttoria più ampia che però porterà a vanificare la finalità di sfollare rapidamente le carceri. Dunque l'alternativa sarà tra assumersi il rischio di scarcerazioni non precedute da attenta valutazione o vanificare al contrario lo spirito della norma approfondendo aspetti legati alla meritevolezza del detenuto.

In conclusione la magistratura di sorveglianza dovrà supplire, a proprio rischio e con le ridottissime risorse di cui dispone, alla inerzia del parlamento che avrebbe potuto provvedere con amnistia o indulto ed alla timidezza del governo, che non ha inteso prevedere una misura ad applicazione automatica con l'evidente intento di scaricare sulla magistratura il rischio di nuove azioni delittuose dei soggetti scarcerati, che verranno addebitate all'incapacità dei giudici o alla loro eccessiva "morbidezza" verso i condannati.

Per di più il danno costituito dall'enorme lavoro che la magistratura di sorveglianza dovrà compiere sarà prevedibilmente accompagnato in moltissimi casi dalla beffa rappresentata dalla mancata esecuzione della misura concessa per difetto dei mezzi di controllo elettronico e dalla messa in "lista d'attesa" dei detenuti scarcerandi finché non si renda disponibile uno di detti strumenti.

Il problema di fondo è rappresentato dal ricorso ad una misura a tutti gli effetti alternativa, che come tale, come stabilito dalla corte costituzionale già in riferimento al vecchio "indultino", non può prescindere da un giudizio esteso, in certa misura, alla meritevolezza.

Si sarebbe dovuto invece prevedere una misura del tutto svincolata da detta meritevolezza se non a monte, nella scelta da parte del legislatore dei requisiti necessari alla sua concessione (non inerenza della pena a determinati delitti, pena massima non superiore ad un certo limite, non coinvolgimento nelle recenti sommosse, assenza di recenti revoche di misure alternative).

Una misura deflattiva di questo tipo poteva modellarsi sulla detenzione domiciliare di durata temporanea di cui all'art.47ter, c.1ter, o.p., detta "a tempo" o "sostitutiva", in quanto applicabile per un periodo determinato in luogo del differimento dell'esecuzione della pena detentiva quando vi siano i presupposti (generalmente legati a gravi ragioni di salute) di tale differimento (artt.146 e 147 c.p.). Più precisamente si sarebbe potuto introdurre, fino ad una data determinata, una nuova ipotesi di detenzione domiciliare "sostitutiva", obbligatoria come le ipotesi di cui all'art.146 c.p., costituita dalla necessità di prevenire il contagio da coronavirus. Il primo vantaggio sarebbe stato che la sua durata avrebbe potuto essere commisurata alla effettiva persistenza dell'emergenza sanitaria (con ciò riducendo di molto le preoccupazioni legate alla scarcerazione di condannati con pene superiori ai 18 mesi, che avrebbero così potuto essere inclusi fra i destinatari) stabilendo una durata ad esempio di tre mesi, eventualmente prorogabile in caso di persistenza dell'emergenza stessa; al riguardo, in effetti, la misura prevista dal governo pare sovrabbondante rispetto alle esigenze perseguite perché non si vede la ragione per la quale a fine giugno, magari con il rischio-contagio al termine, si possa concedere la misura a un condannato che deve ancora espiare 18 mesi di pena detentiva. Il secondo pregio di questa soluzione è, soprattutto, che per la sua concessione non è richiesto alcun giudizio di meritevolezza, ciò che avrebbe evitato alla magistratura di sorveglianza questo nuovo, ulteriore aggravio di carichi lavorativi ed anche, data l'obbligatoria concessione della misura in discorso, il rischio legato alle eventuali condotte illecite dei soggetti ad essa ammessi. Quanto ad eventuali preoccupazioni connesse a possibili condotte illecite dei soggetti beneficiari di questa detenzione domiciliare "a tempo", si può osservare che l'obbligatorietà ben può intendersi riferita alla prima concessione della misura stessa, ma non certo al suo mantenimento (e quindi all'impossibilità di revoca). In altre parole se per la concessione non andrà valutata la

meritevolezza, questa tornerà in rilievo quando nel corso della misura la condotta del condannato ne palesi con evidenza la mancanza.

Nicola Graziano e Livia De Gennaro

La legislazione di emergenza COVID-19 e l'impatto sulle procedure fallimentari e sulle soluzioni negoziali della crisi di impresa

Sommario*:* 1. La legislazione di emergenza COVID-19 e l'impatto sulle procedure concorsuali; 1.2. la previsione del differimento dell'entrata in vigore del CCI (art 5); 1.3. la improcedibilità dei ricorsi per la declaratoria di fallimento; 2. La legislazione di emergenza COVID-19 e l'impatto sugli strumenti della risoluzione negoziale della crisi di impresa; 2.1. il rilievo ex lege dei termini di adempimento; 2.3. la modifica unilaterale dei termini di adempimento; 2.4.la disciplina nelle ipotesi di concordato in bianco (comma IV); - (segue) la disciplina degli obblighi informativi; 2.5. la previsione del v comma in materia di accordi; 3. Emergenza COVID-19 e la gestione delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

1. La legislazione di emergenza COVID -19 e l'impatto sulle procedure concorsuali

Il Decreto Liquidità nr 23 dell'8.4.2020 contiene disposizioni anche in materia concorsuale.

Il Legislatore ha inteso muoversi su diversi piani di intervento dettando norme che nell'immediatezza sono sembrate essere idonee a tamponare, come si ricava anche dalla intenzione espressa chiaramente nella relazione al decreto legge n. 23/2020, gli effetti economici gravissimi e le ripercussioni economiche e finanziarie sul ceto imprenditoriale di un evento eccezionale quale l'epidemia sopra indicata.

Siffatto intervento va certamente considerato parziale e ci si augura possa essere completato in corso di conversione del Decreto Liquidità.

Invero, con riferimento alla sorte delle procedure da sovraindebitamento, già omologate o in corso di omologa, nulla è infatti disposto , determinandosi , in tal modo, un vuoto interpretativo di non poco momento se solo si consideri che l'adozione delle misure contenitive susseguitesi nei vari decreti emergenziali, di volta in volta emanati, hanno avuto un notevolissimo impatto, non solo come sopra ricordato sul ceto imprenditoriale, ma anche sui soggetti c.d. non fallibili e come tali beneficiari degli istituti disciplinati nella Legge n. 3/2012.

In un contesto drammaticamente inciso dalla emergenza sanitaria si inseriva anche la problematica dell'avvicinarsi della entrata in vigore del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (di seguito CCI) di cui al decreto legislativo n. 14 del 12 gennaio 2019 laddove, eccezion fatta che per alcune norme di immediata applicazione, l'art. 389 al primo comma ne

differiva l'entrata in vigore decorsi diciotto mesi dalla data della sua pubblicazione (cioè al 16 agosto 2020). In primo luogo, quindi, nel Decreto Liquidità si è previsto, così condividendosi l'appello della intera comunità scientifica, il rinvio dell'entrata in vigore del Codice della crisi.

1.2. La previsione del differimento dell'entrata in vigore del CCI (art. 5)

In effetti l'art. 5 del decreto in commento prevede una modifica all'art. 389, primo comma, stabilendo che l'entrata in vigore del Decreto n. 14/2019 è ora fissata alla data del 1 settembre 2021.

Le motivazione del rinvio dell'entrata in vigore del CCI si ricavano espressamente dalla relazione illustrativa al Decreto Liquidità.

Si parte proprio da considerazioni sul sistema dell'allerta che è stato concepito nell'ottica di un quadro economico stabile e caratterizzato da oscillazioni fisiologiche per cui, si legge, in una situazione in cui l'intero tessuto economico mondiale risulta colpito da una gravissima forma di crisi, gli indicatori della crisi non potrebbero svolgere alcun concreto ruolo selettivo, finendo di fatto per mancare quello che è il proprio obiettivo ed anzi generando effetti potenzialmente sfavorevoli.

Il rinvio poi trova giustificazione anche nella salvaguardia della filosofia di fondo del Codice e cioè quella di operare nell'ottica di un quanto più ampio possibile salvataggio delle imprese e della loro continuità, adottando lo strumento liquidatorio (quello che ancora oggi è definito fallimento) come *extrema ratio* che, in una situazione di crisi come quella attuale, potrebbe essere minato.

In compenso il tempo del rinvio consentirà l'applicazione delle norme del diritto fallimentare già ampiamente consolidate nel tempo ed ulteriori modifiche al Codice (oltre a quelle cioè già contenute nel correttivo) che impone l'attuazione della Direttiva UE 1023/2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni e le misure volte ad aumentare l'efficacia di procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione.

Fino al 1 settembre 2021 continuerà ad applicarsi l'attuale legge fallimentare il cui art 5 prevede espressamente che l'imprenditore in stato di insolvenza sia dichiarato fallito e poiché la norma non pare ammettere alcuna eccezione alle cause dell'inadempimento (nonostante nell'immediato futuro siano verosimilmente cagionati dalla emergenza sanitaria in atto, vi è il rischio quindi del fallimento di numerose imprese insolventi).

Sarebbe quindi auspicabile che l'art 5 l.fall venisse interpretato proprio alla luce degli effetti della emergenza in corso e quindi, tenuto conto che l'art 5 l.fall prevede, quale presupposto della dichiarazione di fallimento, l'incapacità del debitore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, i giudici fallimentari potrebbero operare un distinguo tra le situazioni di insolvenza derivanti dall'attuale contingenza rispetto a quelle determinatesi in condizioni "normali".

L'invocazione, in sede interpretativa della categoria giuridica della "forza maggiore" varrebbe a scongiurare un rischio generalizzato di dichiarazioni di fallimento.

Invero, costituisce esimente della insolvenza la sussistenza di un nesso di causalità tra il factum principis (coronavirus e lockdown) e lo stato di insolvenza.

L'ordinamento giuridico italiano non dà una nozione precisa della forza maggiore.

Generalmente la si intende come quell'evento imprevedibile ed inevitabile al quale non è possibile resistere (vis maior cui resisti non potest). In questa cornice normativa potrebbero essere collocati i vari interventi governativi che si sono susseguiti nelle ultime settimane. Infatti, tra i casi in cui potrebbe essere invocabile l'impossibilità sopravvenuta della prestazione rientrerebbero gli ordini ed i divieti posti in essere dalla autorità amministrativa, cd factum principis.

Si tratta di disposizioni emanate a salvaguardia di interessi generali, come la protezione della salute pubblica, che, imponendo divieti e restrizioni, rendono, di fatto, impossibile l'adempimento di obbligazioni, a prescindere dal volere di chi si sia impegnato contrattualmente a farlo.

L'esplosione della pandemia dovuta al coronavirus rappresenta certamente un evento del tutto imprevedibile e straordinario, tenendo conto anche della frequenza con cui tali avvenimenti si sono verificati in passato. Ovviamente, l'effettiva sussistenza della esimente dovrebbe essere valutata caso per caso al fine di evitare che soggetti non meritevoli possano beneficiare della specifica esimente.

Ad ogni buon conto, ferme queste possibilità interpretativo del Giudice, è auspicabile che la questione, anche ai fini di una uniforme valutazione, trovi una adeguata soluzione in sede legislativa.

1.3. La improcedibilità dei ricorsi per la dichiarazione di fallimento

La disciplina speciale in materia concorsuale dettata nel Decreto Liquidità trova poi una importante declinazione nell'art. 10 che reca disposizioni temporanee in materia di ricorsi e richieste per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza.

L'articolo nella sua definitiva versione si compone di tre commi.

Il primo comma è una norma di chiara lettura: tutti i ricorsi per la dichiarazione di fallimento e per l'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza, che sono depositati tra la data del 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020, sono improcedibili.

Ciò vuol dire che, a giudizio di chi scrive, non sarà nemmeno necessario celebrare una udienza e quindi tutti i ricorsi saranno dichiarati de plano improcedibili, ciò in coerenza anche con quanto emerge dalla relazione illustrativa che, tra le motivazioni poste alla base di tale decisione, individua l'obiettivo di evitare un carico supplementare di lavoro per i Tribunali già in situazione di emergenza, non potendo affrontare la ulteriore difficoltà dell'accertamento gravoso e difficile di subordinare la riconducibilità o meno dello stato di insolvenza all'emergenza epidemiologica determinata dal diffondersi del COVID-19.

Il tema è di grande rilievo e deve essere collegato alla previsione della sospensione dei termini in materia di giustizia civile di cui all'art. 83 del Decreto legge n. 18 del 17 marzo 2020 come prorogati dalla data originaria del 15 aprile 2020 alla data dell'11 maggio 2020. Dalle lettura della norma oggi in commento sembrerebbe emergere una interpretazione, per la verità non condivisa dalla maggior parte dei Tribunali italiani, secondo cui nella sospensione non si dovrebbe ricomprendere anche la ipotesi oggi espressamente contemplata secondo una visione pubblicistica del grave pregiudizio alle parti derivante sempre dalla ritardata attuazione del procedimento per la dichiarazione di fallimento o dello stato di insolvenza.

Sennonchè la questione è stata risolta dal Legislatore che motiva la scelta "*per evitare di sottoporre il ceto imprenditoriale alla pressione crescente delle istanze di fallimento di terzi e per sottrarre gli stessi imprenditori alla drammatica scelta di presentare istanza di fallimento in proprio in un quadro in cui lo stato di insolvenza può derivare da fattori esogeni e straordinari, con il correlato pericolo di dispersione del patrimonio produttivo, senza alcun correlato vantaggio per i creditori dato che la liquidazione dei beni avverrebbe in un mercato fortemente perturbato".*

In tale ottica quindi vanno escluse anche le ipotesi di ricorsi presentati dagli imprenditori in proprio, limitando il comma secondo il potere di iniziativa dell'Ufficio del Pubblico Ministero nelle ipotesi contemplate nel comma ottavo dell'art. 15 e quindi in tal caso il Tribunale sarà chiamato a provvedere sulla richiesta del solo PM con la quale intende ottenere i provvedimenti cautelari e conservativi indicati nel sopra detto comma ottavo, salvo poi essere chiamato a decidere dopo il termine dell'11 maggio 2020 sulla connessa istanza di fallimento. In tal caso la previsione è

strettamente aderente con il dettato dell'art. 83 sopra citato che prevede ipotesi eccezionali in cui il Tribunale è comunque chiamato a provvedere per evitare che la ritardata trattazione produca un grave pregiudizio alle parti (si legge espressamente nella relazione illustrativa che l'improcedibilità non si applica ai ricorsi presentati dal pubblico ministero nel caso in cui nello stesso ricorso sia presentata la richiesta di emissione di provvedimenti cautelari o conservativi del patrimonio aziendale a garanzia degli interessi dei creditori, in presenza di condotte indebitamente dissipative del debitore, di rilevanza anche penale).

Potranno verificarsi quindi distinte ipotesi. La prima è quella del deposito di ricorsi antecedentemente alla data del 9 marzo 2020 per i quali, salva la fattispecie prevista al comma ottavo dell'art. 15 e quella in cui durante il periodo scada il termine annuale di cancellazione della società dal registro delle imprese, si dovrà prevedere un rinvio oltre la data dell'11 maggio 2020. Inoltre vi è l'ipotesi della iniziativa del PM di cui al comma secondo dell'art. 10 e poi la generale ipotesi della improcedibilità de plano dei ricorsi presentati nel periodo.

La norma però non è pienamente condivisibile nella parte in cui non ha dettato regole per l'accertamento del nesso causale tra lo stato di insolvenza e emergenza epidemiologica determinata dal diffondersi del COVID-19. Dalla sopra riportata relazione illustrativa il Legislatore mostra di essere consapevole dello stretto collegamento tra le due ipotesi per cui per la data del 30 giugno 2020 (probabilmente per questo motivo la data è fissata al 30 giugno e non all'11 maggio) si auspica un intervento normativo che possa chiarire in che modo rileveranno sulla dichiarazione dello stato di insolvenza le conseguenze economiche dell'emergenza sanitaria che sta attraversando il Paese e soprattutto indicare le possibili modalità di accertamento dell'incidenza della stessa ai fini della esclusione delle incolpevole insolvenza. In tal senso di recente anche Giuseppe Limitone che si è interrogato sulla rilevanza della forma maggiore nel giudizio sull'insolvenza ipotizzando un terzo comma dell'art. 5 secondo cui "Non si dà luogo alla dichiarazione di fallimento quando l'insolvenza è determinata da forza maggiore".

Contrario alla previsione di una modifica in sede legislativa sembrerebbe il consolidato principio della c.d. rilevanza oggettiva dello stato di insolvenza che, cioè, fa leva esclusivamente l'incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, a prescindere da quali siano state le cause generatrici di tale situazione.

Va da sé che per i ricorsi depositati antecedentemente alla data del 9 marzo 2020 il Tribunale non potrà che tenere conto delle conseguenze della pandemia sempre che la parte resistente dimostri

il nesso causale tra insolvenza in cui versa e inescusabilità della stessa conseguente alle conseguenze economiche della già precedentemente avvenuta diffusione del Coronavirus.

Resta da analizzare il comma terzo dell'art. 10 il quale prevede due ipotesi distinte.

La prima riguarda le conseguenze della improcedibilità nell'ipotesi in cui durante questo periodo decorra l'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese dell'imprenditore individuale o collettivo. In tal caso, risolvendo una questione sorta nelle more della emanazione della presente norma, si prevede che il periodo tra il 9 marzo e il 30 giugno 2020 non viene computato ai fini della decorrenza dell'anno impeditivo della dichiarazione di fallimento della società cancellata (resta quindi ferma, come già detto, la necessità di provvedere nell'ipotesi in cui un ricorso di fallimento è presentato prima del 9 marzo ed il termine annuale scade nel periodo della prevista improcedibilità).

Inoltre la stessa regola è fissata anche per l'ipotesi di cui all'art. 69 bis Legge fall. sulla decadenza dall'azione revocatoria e sul computo dei termini ciò per evitare che il periodo di sospensione si riverberi in senso negativo sulle forme di tutela della par condicio creditorum.

La norma però si presta ad alcune riflessioni critiche.

In effetti da una sua attenta lettura emerge una limitata operatività. In altre parole sembrerebbe che per ottenere il beneficio della mancato computo dei termini ex art. 10 e 69 bis Legge fall. sia necessario presentare un ricorso, ottenere una declaratoria di improcedibilità, riproporre un ricorso dopo il 30 giugno 2020 e quindi, a seguito della dichiarazione di fallimento, poter beneficiare, eventualmente del periodo tra il 9 marzo ed il 30 giugno da aggiungere ai termini di cui ai sopra citati art. 10 e 69 bis.

1.4. Considerazioni conclusive

Non vi è dubbio che la materia concorsuale sarà presto investita da rilevanti interventi normativi che possano modificare le norme della legge fallimentare per far fronte alle conseguenze economiche derivanti dalla pandemia.

Si condivide lo spirito con il quale è stato deciso il primo intervento: norme esterne alla legge fallimentare e di carattere temporaneo con l'obiettivo di non incidere strutturalmente sugli istituti di diritto fallimentare (si veda anche l'intervento in tema di concordato preventivo e accordi di ristrutturazione di cui all'art. 9 nel successivo articolo).

Sennonchè nel medio periodo non potrà non tenersi conto della circostanza secondo cui le ripercussioni della crisi economica derivante dalla pandemia hanno inciso su alcuni elementi

fondamentali del sistema fallimentare, primo fra tutti proprio l'accertamento dello stato di insolvenza e la soglia dell'ammontare dei debiti scaduti e non pagati.

Il conflitto tra interessi contrapposti è evidente: da una parte proteggere le imprese che risultavano in bonis ante shock COVID e che versano o verseranno in condizione di insolvenza in seguito o a causa della pandemia e, dall'altra, i creditori evitando di ritardare la gestione di crisi e/o situazioni di insolvenza che sussistevano già ante pandemia.

In questa ottica si potrebbe prevedere di prevenire la dichiarazione di fallimento di un'impresa allorché l'eventuale insolvenza e/o situazione di crisi sia sopraggiunta in seguito o a causa dell'emergenza economica generata dalla pandemia. La condizione sarebbe duplice: essere in bonis prima della pandemia e insolvenza/crisi sopraggiunta in seguito o a causa della pandemia. La seconda condizione sub può essere definita in due modi. Per semplificare l'accertamento della sussistenza, si può prevedere che l'esenzione valga per tutti i casi in cui la situazione di insolvenza si è verificata in seguito ad una data prossima alla diffusione della pandemia. L'alternativa sarebbe stabilire che l'esenzione valga solo qualora si dimostri la sussistenza di un nesso causale tra la pandemia e la situazione di crisi/insolvenza: questo accertamento potrebbe essere affidato ad un professionista provvisto dei requisiti di cui all'art. 67 Legge fall.

Si dovrebbe far fronte poi ad un secondo problema che è quello della mancata previsione del blocco delle azioni esecutive che sono connesse all'inadempimento degli obblighi di pagamento. In effetti la provvisoria improcedibilità di istanze volte ad attivare le procedure concorsuali non previene la possibilità dei creditori di iniziare azioni esecutive individuali sul patrimonio del debitore. Eventuali azioni individuali non solo esporrebbero comunque gli imprenditori e il sistema produttivo ai rischi che il Decreto Liquidità si propone di gestire, ma sarebbero in evidente contrasto con il principio della *par condicio creditorum*. È vero che i termini per il compimento di atti di procedimenti civili e penali, ivi inclusi procedimenti esecutivi, è stato sospeso sino all'11 maggio 2020, tuttavia la disciplina emergenziale prevede che decorso tale termine lo svolgimento dei processi sia disciplinati dai capi dei singoli uffici giudiziari. Evidentemente queste misure muovono dalla finalità di evitare il sovraffollamento degli uffici giudiziari, sarebbe invece auspicabile un intervento legislativo coordinato per disciplinare moratoria delle azioni esecutive dei creditori insoddisfatti e sospensione delle procedure concorsuali (in tal senso si inserisce anche la Direttiva UE 1023/2019 sopra richiamata, art. 6).

Ci si augura, infine, che in sede di conversione si possa far fronte a tali necessità, immaginando che possa essere colmata anche la lacuna del totale silenzio sul sovraindebitamento laddove appare evidente che è necessario provvedere, e anche con urgenza, su norme che prevedano la sospensione dell'adempimento degli obblighi assunti dai sovraindebitati negli accordi e nei piani omologati e comunque anche in questo contesto interrogarsi sulla rilevanza della forza maggiore come elemento che incide sulle valutazioni cui è chiamato il Tribunale, primo fra tutti la meritevolezza del consumatore proponente un piano.

In ogni caso dal 12 maggio 2020 avrà inizio la c.d. seconda fase.

Si segnalano le linee guida relative a tale fase che sono state proposte dalla Sezione fallimentare del Tribunale di Napoli.

TRIBUNALE DI NAPOLI

SETTIMA SEZIONE CIVILE

Al Sig. Presidente del Tribunale

S E D E

Oggetto: protocollo udienze civili emergenza sanitaria

Il Presidente

PREMESSA

La settima sezione civile opera nella materia concorsuale (fallimenti e procedure di soluzione negoziali della crisi di impresa) e ciò delinea una tipologia di affari assolutamente peculiare e strutturalmente differente da quella che connota le restanti sezioni civili del Tribunale. Inoltre il settore risulta interamente informatizzato ed anche il contenzioso civile (caratterizzato per lo più da controversie di derivazione fallimentare ed da una modesta aliquota di cause concernenti rapporti societari di tipo personale) viene sistematicamente trattato da almeno un biennio esclusivamente in via telematica (onde assolutamente residuali si appalesano le ipotesi di verbali vergati a mano ovvero di scritti defensionali non reperibili in via telematica). Ciò, in linea di principio, consentirebbe una gestione da remoto pressocchè integrale dell'intero contenzioso ed, in via

generale, di tutti gli affari che costituiscono il carico della sezione. Tuttavia proprio la peculiarità della materia, almeno nella strategia di gestione che ha connotato la conduzione dell'ufficio in tale ultima fase, è imperniata sulla oralità dei rapporti (con i curatori, i commissari, i consulenti, gli stimatori, i difensori, ed in generale tutti gli ausiliari dell'ufficio) e collegialità delle decisioni (collegialità effettiva caratterizzata dalla trattazione in udienza, con la presenza delle parti oltre che dei relativi difensori) e decisione contestuale (spesso concordata con le stesse parti, anche alla luce delle prospettive di soddisfazione degli interessi sottesi alla gestione delle procedure su cui si innesta la più gran parte del contenzioso fallimentare). Siffatta strategia di gestione (adottata in misura condivisa e coesa anche negli affari monocratici) non ha mancato di produrre i propri benefici effetti garantendo nell'arco di circa un biennio il sostanziale azzeramento dell'arretrato, il ridimensionamento delle pendenze e la diminuzione delle sopravvenienze con contestuale liberazione di risorse da destinare alla gestione delle procedure fallimentare (sulle quali spesso incidono vicende esterne al diretto controllo della sezione ed in particolare cause revocatorie pendenti dinanzi ad altri giudici ovvero operazioni di vendita correlata alla capacità di ricezione del mercato) al fine di limitarne la durata e la quantità, anche in vista della imminente entrata in vigore del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza che potrebbe determinare rilevanti carichi aggiuntivi da gestire con tempestività e rapidità essendo sulla idoneità della risposta giudiziaria incentrata la "scommessa normativa" sulla funzionalità delle misure di allerta e di emersione anticipata della crisi. Su tali temi e sulle strategie di gestione dell'ufficio adottate dallo scrivente si rinvia al contenuto delle relazione di stato depositate con cadenza semestrale e con le relazioni funzionali alla formazione dei programmi di gestione. In tali documenti si è infatti evidenziato come gli obiettivi di rendimento raggiunti ed in precedenza descritti (riduzione dell'arretrato e contenimento delle sopravvenienze) risulta assicurato attraverso l'impegno del singolo magistrato nell'esame dei crediti in sede di verifica (anticipando in quella fase una serie di approfondimenti istruttori che viceversa risulterebbero destinati a slittare nella successiva fase dell'opposizione allo stato passivo, con innesto di ulteriori procedimenti) e nella successiva gestione collegiale dei giudizi oppositivi alla presenza delle parti e dei curatori (che consente di limitare al minimo le cd. riserve di pronuncia). L'ambito della presente relazione e gli scopi ad essa funzionali non consentono un ulteriore approfondimento delle descritte tematiche alle quali si è tuttavia reso necessario far riferimento onde meglio declinare i criteri di gestione ipotizzati per la cd. seconda fase e le iniziative adottate durante la presente fase di sospensione, tutta incentrata a salvaguardare, nei limiti

consentiti dalle esigenze di distanziamento sociale e di contenimento della crisi epidemiolgica, quelle strategie in precedente descritte, rivelatesi vincenti, destinate a connotare anche per il futuro il funzionamento dell'ufficio e la gestione dei carichi di lavoro da parte dei magistrati.

GESTIONE DEI FALLIMENTI

La gestione dei fallimenti avviene come detto interamente in via telematica. Le istanze vengono tutte depositate e lavorate telematicamente ma spesso vengono accompagnate da colloqui orali esplicativi e funzionali alla definizione in concreto delle condotte gestiorie. A tal fine si è previsto, già durante il perdurare di tale fase di sospensione, che il giudice delegato, nei giorni di udienza di calendario e nei limiti di una ben definita fascia oraria, sia a disposizione dei curatori fallimentari per il cd. ricevimento da remoto attraverso gli ausili informatici messi a disposizione dai servizi sistemistici ovvero nella disponibilità delle parti (MS TEAMS, SKYPE FOR BUSINESS, WHAT'UP, MESSANGER, ECC.). Siffatta modalità di comunicazione può esser utilmente proseguita durante la cd. seconda fase, tenuto anche conto della sperimentazione già avviata allo stato.

UDIENZE DI GESTIONE

Analoga strategia, con gli opportuni accorgimenti da valutarsi caso per caso, può esser adottata per le udienze che si innestano in fase di gestione (approvazione dei conti di gestione, udienze di verifica dello stato passivo, ecc.). Tali udienze, ancorchè astrattamente aperte a tutti gli interessati (a cui il curatore comunica a mezzo pec, per espressa previsione normativa, il conto della gestione ed il progetto di stato passivo), risulta nei fatti normalmente disertata dai creditori (che al più depositano osservazioni scritte, sulle quali il giudice cerca di sollecitare, per quanto possibile, una trattazione orale) onde ben possono essere gestite in video conferenza risolvendosi il più delle volte in un colloquio diretto tra giudice delegato e curatore al quale può esser garantita la astratta partecipazione di ogni altro potenziale interessato attraverso la comunicazione, da parte del curatore medesimo, del link di collegamento senza alcun ulteriore aggravio per le cancellerie (potendosi rivelare, siffatta possibilità di collegamento a distanza, addirittura funzionale ad una migliore gestione dell'udienza attraverso un più ampio coinvolgimento delle parti). Ovviamente sarà rimesso al singolo magistrato l'adozione di specifiche iniziative per il concreto regolamento dell'udienza, attraverso la fissazione di orari predeterminati e la individuazione di criteri di trattazione per

categorie omogenee (lavoratori, fornitori, erario, ecc.) anche in considerazione del numero di posizioni da esaminare, della vetustà della procedura, ecc..

UDIENZE PREFALLIMENTARI

Le udienze prefallimentari sono per definizione urgenti rientrando ex lege nel contenzioso destinato alla trattazione durante il periodo feriale. Tuttavia la peculiarità della presente congiuntura rende opportuna, in linea d'altronde con le ordinarie coordinate di sistema (che confinano l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale ad extrema ratio), una limitazione delle nuove dichiarazioni di fallimento che danno vita ad una serie di adempimenti successivi (apposizione di sigilli, redazione degli inventari, indagini patrimoniali, interrogatorio del fallito, ecc.) poco compatibili con le esigenze di distanziamento sociale imposte dalla fase emergenziale. Il periodo auspicabilmente breve della presente ipotesi di lavoro (allo stato 15 aprile-30 giugno) consente tuttavia di contemperare le opposte esigenze, posto che gli affari sono stati tutti calendarizzati ed i magistrati potranno assicurare la trattazione da remoto (il carico, spalmato su un paio di sessioni di lavoro settimanali risulta assolutamente compatibile risolvendosi in due o tre procedure alla volta) al fine di assicurare un'adeguata scrematura attraverso alcune preliminari acquisizioni documentali (bilanci, visura protesti, carichi fiscali, ecc.) funzionali alle cd. decisioni in rito (improcedibilità, desistenze, mancato raggiungimento delle soglie di fallibilità, ecc.) provvedendo viceversa alla calendarizzazione (in tal modo destinata a ricadere in periodo post feriale) di quelle procedure per le quali si rende necessario la integrazione del contraddittorio col fallito per consentirgli la partecipazione a distanza (che allo stato potrebbe esser garantita solo nel caso in cui sia già formalmente costituito).

PROCEDURE DI VENDITA

Per le procedure di vendita si è concordato un generale differimento attraverso la revoca delle operazioni di pubblicità, stante la scarsa mobilità sul territorio ed il momento di evidente alterazione del regolare funzionamento del mercato. Solo per quelle procedure per le quali risultava già effettuata la pubblicità e per le quali sono pervenute offerte di acquisto si è ritenuto di dar corso formalmente all'apertura delle buste in apposite udienze da remoto al fine di consentire le opportune decisioni ivi compreso la opportunità per il giudice di sospendere l'aggiudicazione ogni qual volta il prezzo offerto si riveli inferiore al prezzo giusto ex art. 108 l.f.. Tale udienza, per l'apertura delle buste, risulta già sperimentata durante la fase di sospensione dallo scrivente

presidente (che ha dovuto dar corso alla vendita di una farmaci, avente un ingente carico di medicinali destinati a scadenza) e risulta compatibile con le previsioni normative potendosi collegare lo stesso cancelliere da remoto (attraverso una postazione collocata nell'aula presidenziale) consentendo a tutti gli interessati di "partecipare" in collegamento video ed audio alle operazioni.

PROCEDURE DI CONCORDATO PREVENTIVO, DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI, DI TRANSAZIONE FISCALE ED, IN GENERALE, DI SOLUZIONE NEGOZIALE DELLA CRISI D'IMPRESA

Trattasi delle procedure più rilevanti in considerazione della natura degli interessi in gioco (salvaguardia delle realtà imprenditoriali e dei livelli occupazionali, interessi erariali, valori economici, ecc.). La relativa gestione può esser comunque assicurata risolvendo in molti casi in provvedimenti telematici che possono esser garantiti attraverso il più ampio ricorso alla cd. trattazione scritta. Per i casi in cui dovesse rendersi necessaria attività di udienza e laddove la celebrazione non possa esser differita senza pregiudizio degli interessi in gioco, è tuttavia possibile la gestione da remoto attraverso gli strumenti di audio conferenza e contestuale redazione del verbale telematico. Anche tale tipologia di udienze è già stata sperimentata durante il cd. periodo di sospensione per alcune procedure urgenti perché relative a società operative durante il periodo di emergenza sanitaria (società del gruppo ALMA operanti nell'intermediazione di mano d'opera) con il rituale coinvolgimento di numerosi interessati e con corretto dispiegarsi del formale contraddittorio.

CONTENZIOSO COLLEGIALE

Per ciò che concerne il contenzioso collegiale ordinario (opposizioni allo stato passivo) va viceversa predisposta la ricandelarizzazione in epoca post feriale, la contemporanea presenza del curatore e dei creditori, in apposita udienza di discussione dinanzi al collegio (improntata a criteri di oralità e di collegialità effettiva) non appalesandosi compatibile con le esigenze dello smart working (gestione da remoto, trattazione scritta, ecc.), non ritenendosi utile deflettere (per i motivi esposti in premessa) da tale modalità di ordinaria gestione, foriera anche di rilevanti benefici deflattivi sul prosieguo del contenzioso (ricorso per cassazione) e sui relativi costi.

Vanno invece trattati i reclami sia cautelari che endofallimentari, attesa l'evidente ragione di urgenza che connota tali procedure (per la verità non particolarmente numerose)- Per esse potrà darsi corso alla cd. trattazione scritta ovvero la comparizione a distanza in videoconferenza, secondo le esigenze del caso concreto.

UDIENZE MONOCRATICHE CONTENZIOSE

Trattasi di un numero di controversie relativamente esiguo, avendo la sezione garantito nel corso di circa un biennio il pressocchè integrale recupero dell'arretrato Ciò consente, in linea con quanto previsto per le ordinarie sezioni di ordinario contenzioso, di differire le cd. prime udienze e di assicurare la trattazione delle solo controversie già mature per la decisione ovvero fissate per la precisazione delle conclusioni, facendo ricorso alla cd. trattazione scritta, salve le particolarità del caso concreto.

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

Le procedure di cd. insolvenza civile non sono per definizione particolarmente urgenti tenuto conto che l'indebitamento è normalmente molto risalente. L'urgenza è spesso correlata dalla sussistenza di procedure di vendita in corso e quindi risente allo stato implicitamente dallo stallo delle procedure di vendita forzose. Inoltre la annunciata moratoria sui mutui e sulle scadenze fiscali dovrebbe ulteriormente alleggerire la pressione sui consumatori onde si appalesa possibile una successiva ricandelarizzazione, salve ovviamente esigenze del caso concreto.

CONSIDERAZIONI COMUNI

Le descritte linee guida (oggetto di preventivo confronto con i magistrati addetti all'ufficio, previe apposite riunioni ex art. 47 quater ord. giud., con i rappresentanti dell'avvocatura, attraverso incontri in videoconferenza, e con il personale amministrativo, previo colloquio telefonico con il direttore amministrativo) devono intendersi completate dalla predisposizione di specifici accorgimenti volti a garantire il rispetto del contraddittorio effettivo ed il contenimento dei carichi di lavoro gravanti sulle cancellerie (essendosi la più gran parte degli adempimenti di comunicazione rimessi al curatore fallimentare ed ai commissari giudiziari) nonché il contenimento al minimo dei disagi sull'utenza.

A tal fine è stata predisposta una postazione telematica nell'aula di udienza ove il direttore di cancelleria, in caso di necessità, potrà assicurare un diretto collegamento con la cd. stanza virtuale, a beneficio di qualsiasi interessato che avesse avuto medio tempore accesso presso l'aula di udienza per l'esercizio dei propri diritti difensivi. Tale postazione è stata già utilizzata in occasione della procedura di vendita della farmacia in precedenza citata (avendo il curatore dato corso, in collegamento audio e video con le parti ed il magistrato, all'apertura delle buste) nonché delle procedure prefallimentari già trattate (perché correlate ad imprese cancellate) ed ha consentito di confermare che nessun altro interessato era presente in udienza. Il modesto aggravio per la cancelleria (la postazione rimarrebbe attivabile a richiesta, sotto il controllo del magistrato e per il solo caso in cui risultasse impossibile la utilizzazione dei rimedi di gestione a distanza) ne consente la previsione in funzione di "clausola di salvaguardia" a garanzia dell'integrità del contraddittorio (per i soli casi in cui la partecipazione sia consentita senza il difensore e l'interessato si trovi nell'impossibilità di attivare i dispositivi di partecipazione "a distanza").

In secondo luogo in tutti i procedimenti in cui è previsto il differimento o la ricandelarizzazione viene fatto salvo il diritto alle parti di segnalare specifiche ragioni di urgenza che ne giustifichino la più rapida trattazione, la cui valutazione è rimessa al singolo magistrato assegnatario (che ne riferirà preventivamente allo scrivente presidente).

Infine viene fatta salva la possibilità per il Presidente della Sezione (ovvero per il singolo magistrato previa autorizzazione dello scrivente) di disporre, in casi straordinari di necessità, la celebrazione di udienze in tribunale, per indifferibili ragioni di urgenza e previa attivazione degli opportuni presidi per il distanziamento sociale e la protezione individuale (resi possibili dal presente programma di lavoro interamente articolato in modalità smart e senza accesso nei locali di udienza).

Si allegano verbali delle riunioni con i giudici e con l'avvocatura nonché copia delle pregresse direttive disposte nella fase di sospensione.

Napoli 6 aprile 2020

Il Presidente

Gian Piero Scoppa

2. La legislazione di emergenza COVID - 19 e l'impatto sugli strumenti di risoluzione negoziale della crisi di impresa

Nel Decreto Liquidità all'art. 9 si rinvengono varie disposizioni in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti.

Il focus del provvedimento ruota intorno ad un obiettivo: salvaguardare la continuità delle imprese in questo inaspettato e drammatico frangente economico.

L'obiettivo è quello di "congelare" l'inevitabile situazione di illiquidità o scarsa liquidità, garantendo la salvaguardia delle imprese che prima della emergenza sanitaria erano in normale esercizio.

La situazione di straordinaria emergenza in cui ci troviamo rischia di pregiudicare la positiva conclusione delle procedure per la soluzione della crisi di impresa alternative al fallimento già avviate e di quelle omologate in corso di esecuzione.

Invero, come sottolinea la Relazione Illustrativa al decreto liquidità: procedure di concordato preventivo o accordi di ristrutturazione aventi concrete possibilità di successo prima dello scoppio della crisi epidemica potrebbero risultare irrimediabilmente compromesse, con evidenti ricadute sulla conservazione di complessi imprenditoriali anche di rilevanti dimensioni.

Le disposizioni in esame, mirano a scongiurare il concreto rischio che l'attuale situazione di crisi possa creare in relazione alla sopravvivenza dei tentativi di soluzione della crisi di impresa alternativa al fallimento promossi in epoca anteriore al palesarsi dell'emergenza epidemiologica determinata dal diffondersi del COVID-19.

Il Legislatore nella articolata disciplina predisposta, oltre a prevedere varie tipologie di casi possibili, riconosce la possibilità di rivolgere determinate istanze al Tribunale se motivate con specifico riferimento ai fatti sopravvenuti per effetto dell'emergenza epidemiologica COVID-19, così facendo entrare nel diritto della crisi di impresa come rilevante, tipizzandolo, il fatto sopravvenuto non imputabile ad una delle parti coinvolte nella esecuzione degli accordi e nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Le nuove disposizioni, poi, hanno il pregio di aver risolto una serie di questioni collegate ad una esatta interpretazione delle attività sospese in pendenza del periodo di cui all'art. 83 del Decreto legge n. 18 del 2020, ad iniziare dalla molto dibattuta questione della sospensione degli obblighi informativi periodici di cui all'art. 161, comma VIII, della Legge fall. di cui appresso si dirà.

Al fine di salvaguardare le procedure in parola vengono introdotte soluzioni differenti in relazione alla fase in cui si trova il relativo procedimento.

In particolare, i concordati preventivi (o accordi di ristrutturazione) omologati vengono sostenuti attraverso una proroga di sei mesi dei termini di adempimento aventi scadenza il 23.2.2020 ed il 31.12.2021.

Si tratta di un meccanismo agevolato ex lege che mira ad evitare la risoluzione delle procedure già attivate.

Passando all'esame delle previsioni in cui si snoda l'art. 9 emergono dalla sua lettura quattro distinte ipotesi che sono collegate ai vari momenti del procedimento concordatario, cui si aggiunge la disciplina contenuta nel V comma dell'art. 9 in commento che si riferisce all'ipotesi di accordo di ristrutturazione dei debiti in pendenza del termine concesso per il deposito dell'accordo e della relazione redatta dal professionista.

2.1. Il rinvio *ex lege* dei termini di adempimento (comma I)

Il primo comma dell'art. 9 prevede l'ipotesi in cui i concordati preventivi e gli accordi di ristrutturazione dei debiti siano già stati omologati al momento del sorgere dell'emergenza che è fissata al 23 febbraio 2020.

In tal caso si prevede un proroga *ex lege* di sei mesi, senza quindi alcuna verifica giudiziale, dei termini di adempimento degli obblighi assunti nelle due procedure negoziali, quando la scadenza degli stessi matura tra la data del 23 febbraio 2020 e la data del 31 dicembre 2021. Si tratta di una previsione di un lungo periodo, diversamente da quanto emerso nella prima bozza del decreto legge circolata tra gli addetti ai lavori che era di sei mesi, che è coerente con la possibile particolare complessità degli obblighi assunti, in considerazione degli evidenti riflessi, anche nel medio periodo, delle conseguenze economico finanziarie dello scoppio della crisi epidemica.

Si prevede un rinvio generalizzato che non distingue a seconda delle varie ipotesi concordatarie e, vista la situazione di emergenza anche in cui versano gli Uffici giudiziari e la regola della sospensione dei termini di cui al DL 18/2020, anche al fine di non ingolfare gli stessi da istanze numerosissime, essa si basa con tutta evidenza della previsione di una quasi naturale difficoltà economico finanziaria in cui versano la maggior parte degli imprenditori che giustifica una proroga *ex lege* dei termini di adempimento già fissati (si pensi per esempio agli effetti sugli obblighi assunti a seguito di omologa di concordati con continuità aziendale).

Dalla relazione illustrativa emerge una importante considerazione secondo cui il meccanismo previsto ha evidenti riflessi sulle norma recanti la disciplina della risoluzione dei concordati per inadempimento senza doversi distinguere se esso sia di scarsa importanza o meno perché entra in gioco la previsione della impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore che incide sull'esatto adempimento, ritardandolo in termini temporali.

Nulla è detto sulla possibilità di una modifica successiva alla omologazione, non disciplinando tale ipotesi il Legislatore.

La norma poi va coordinata con la previsione di cui all'art. 13, comma primo, lett. g) sulla garanzia in favore dello Stato per le misure di sostegno delle imprese che hanno in corso procedure di concordato in continuità.

2.2. La richiesta di un termine per una nuova proposta (comma II)

Il secondo comma dell'art. 9 è ispirato alla logica di neutralizzare gli effetti negativi delle conseguenze economiche della pandemia sulle possibilità di successo delle procedure di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione, che siano stato però ancora pendenti alla data del 23 febbraio 2020.

In tale ipotesi infatti si riconosce al debitore proponente la possibilità di presentare istanza al Tribunale per ottenere la concessione di un termine non superiore a novanta giorni per riformulare la proposta di concordato o di accordo di ristrutturazione.

Il termine decorre dalla data del decreto di concessione dello stesso da parte del Tribunale ed è improrogabile ma l'istanza deve essere presentata entro la data fissata per l'omologa.

Giova descrivere nel dettaglio il procedimento delineato dal Legislatore.

Presupposto per la istanza diretta ad ottenere un termine per la riformulazione del piano o dell'accordo è la pendenza alla data del 23 febbraio 2020 di una procedura che però non sia giunta, nelle more, alla fase dell'adunanza dei creditori che si sia espressa senza che siano state raggiunte le maggioranze previste dalla legge fallimentare perché per tale ipotesi si è prevista la inammissibilità della istanza.

In tal caso, infatti, vi è la possibilità di riproporre la proposta, rivista evidentemente alla luce delle conseguenze causate dallo scoppio della crisi epandemica, sempre che nelle more non sia stato dichiarato il fallimento della proponente.

Nel silenzio della legge va precisato che l'istanza di concessione di un termine per la riformulazione della proposta di concordato o di un accordo deve essere debitamente motivata con riferimento alla situazione sopravvenuta come determinatasi a seguito della pandemia ma, in questa fase, il giudizio che è chiamato a fare il Tribunale è allo stato degli atti come si ricavano anche dalla istanza e dalle motivazioni poste alla sua base. Nel caso di concordato preventivo non si ritiene debba retrocedersi alla fase della ammissibilità (salvo completi stravolgimenti del piano) mentre con tutta evidenza, qualora ci fosse stato il voto favorevole dell'adunanza dei creditori evidentemente questa sarà chiamata ad esprimersi sulla nuova proposta.

2.3. La modifica unilaterale del termine di adempimento (comma III)

Può verificarsi, inoltre, l'ipotesi in cui il debitore intende solo modificare i termini di adempimento originariamente prospettati nella proposta o nell'accordo.

In tal caso, a differenza che dall'ipotesi di cui al comma II, si prevede una procedura più snella sia pure non automatica come invece previsto al comma I.

Il presupposto di operatività della norma è identico a quello di cui al comma II e cioè la pendenza del procedimento di omologa di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione alla data del 23 febbraio 2020.

In tal caso però la differenza sta nella richiesta unilaterale del proponente che riguarda solo una modifica dei termini dell'adempimento come originariamente prospettati e sempre che nella istanza si indichino i nuovi termini, che non possono essere superiori a sei mesi rispetto a quelli originariamente previsti, e si dia prova documentale della necessità di modifica.

Il Tribunale, dopo aver acquisito il parere del Commissario Giudiziale in merito alla istanza, può procedere alla omologa, ricorrendone tutti i presupposti previsti dalla legge fallimentare, dando atto delle nuove scadenze.

Dalla disciplina emerge che il Tribunale è chiamato ad una valutazione solo sui tempi dell'adempimento per cui la istanza dovrà vertere essenzialmente su tale circostanza dovendo, cioè, il proponente giustificare i motivi che stanno a base della richiesta della modifica dei tempi e la esistenza di una prospettiva di ripresa al momento della nuova decorrenza di termini.

La moratoria fino a sei mesi secondo una modifica unilaterale e previo parere del Commissario Giudiziale trova la sua ratio nel principio di buona fede contrattuale che, come osservato anche dal Tribunale di La Spezia con decreto del 28 febbraio 2019 sia pure riferito ad una

ipotesi di accordo di composizione della crisi, viene tipizzato dal legislatore anche come diritto del contraente di introdurre in via unilaterale modifiche vincolanti per le parti al contenuto del contratto funzionali alla tutela di un suo specifico interesse e non lesive degli interessi della controparte. Ciò vuol dire che non deva mai trattarsi di modifiche sostanziali, quantitative o qualitative (in tal caso ricorre la fattispecie di cui al comma secondo) ma soltanto di una modifica che incide sui termini dell'adempimento originariamente proposti per far fronte ad una ritenuta impossibilità (temporanea) che incide sull'esatto adempimento. E' evidente che solo in questi termini si giustifica la mancata partecipazione del ceto creditorio compensata dalla richiesta del parere del Commissario Giudiziale.

2.4. La disciplina nell'ipotesi di c.d. concordato in bianco (comma IV)

Il Legislatore poi ha disciplinato l'ipotesi del c.d. concordato in bianco di cui all'art. 161, sesto comma, Legge fall.

Il termine concesso per il deposito della proposta, del piano e della documentazione, già prorogato ma non ancora scaduto alla data di entrata in vigore dell'art. 9 in commento può essere prorogato di ulteriori novanta giorni su istanza del debitore che deve indicare i motivi che rendono necessaria la concessione della proroga con specifico riferimento, però, ai fatti sopravvenuti per effetto dell'emergenza epidemiologica COVID-19. Il legislatore, cioè, ha inteso collegare l'accoglimento della istanza che si traduce in una ampliamento *dell'automatic stay* di cui all'art. 161, comma sesto, solo quando la proroga è giustificata da fatti sopravvenuti e causalmente connessi alla pandemia (anche per evitare abusi dello strumento concordatario) tanto è vero che la proroga può essere concessa, acquisito il parere del precomissario se nominato, quando il Tribunale ravvisa concreti e giustificati motivi.

Anche in tal caso si individua una procedura snella e evidentemente la istanza di proroga non subisce la sospensione in considerazione della urgenza che la caratterizza, anche perché è collegata la ammissibilità della istanza alla pendenza del termine originariamente concesso e già prorogato non individuandosi, a differenza di quanto statuito nel primo comma, la decorrenza del termine dalla data del decreto di concessione del termine.

Sarà ancora una volta cura del debitore argomentare e documentare l'esistenza del nesso causale tra necessità di chiedere una ulteriore proroga di novanta giorni e la esistenza di fatti sopravvenuti collegati all'emergenza epidemilogica, questo al fine anche di paralizzare eventuali ricorsi di fallimento medio tempore proposti che, nel caso di mancata concessione del termine di

proroga, evidentemente potranno essere decisi perché chiaramente collegati a vicende antecedenti lo scoppio della crisi.

***(segue)* la disciplina degli obblighi informativi**

Quanto mai opportuno è stato aver previsto nell'ultima parte del comma quarto la seguente disposizione: "si applica l'art. 161, commi settimo e ottavo, del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267".

Sul comma settimo si può certamente rinviare visto che esso, come si ricava anche dalla relazione illustrativa, è una applicazione della disciplina *dell'automatic stay.*

Ci si sofferma, invece, sul comma ottavo che è pure richiamato espressamente nella norma e precisamente sulla disciplina degli obblighi informativi periodici cui è tenuto il proponente nella fase preconcordataria che termina fino alla fase di ammissione e che è espressione del costante obbligo di collaborazione del debitore nei confronti degli organi della procedura e nell'interesse prioritario dei creditori concorsuali.

Orbene, prima della emanazione della disciplina contenuta nell'art. 9 oggi in commento, era sorta questione vigente il periodo di sospensione ex art. 83 DL 18/2020, se anche questi obblighi erano sospesi ovvero se il contenuto degli stessi doveva essere limitato a riferire solo a circostanze del tutte eccezionali ed improrogabili.

E' preferibile la tesi di quanti (per tutti il Tribunale di Rimini, 9 aprile 2020) avevano ritenuto che andava esclusa che detta sospensione operasse con riferimento agli obblighi informativi periodici ex art. 161 l. fall., che, si è detto, devono essere regolarmente adempiuti dai soggetti coinvolti nella procedura anche al solo fine di informare il Tribunale che non sono state svolte attività a causa dell'emergenza sanitaria in corso, essendo tali termini diretti a tenere monitorata la gestione dell'impresa che ha richiesto di accedere alla procedura di concordato preventivo, consentendo così al Tribunale e al Commissario Giudiziale di esercitare i rispettivi poteri di sorveglianza.

E' oggi superata la questione con l'espresso riferimento al comma ottavo dell'art. 161 ma nell'ipotesi di concessione del termine di ulteriori novanta giorni la relazione periodica, a giudizio di chi scrive, dovrà essere per così dire aggravata anche dall'ulteriore necessità di rendere conto anche della evoluzione delle conseguenze dei fatti sopravvenuti connessi alla emergenza

epidemiologica che erano stati posti a fondamento della richiesta e ciò sempre al fine di evitare abusi dello strumento concordatario.

In tal caso, nonostante il favore espresso dal legislatore verso strumenti negoziali diretti a conferire più *chances* possibili al salvataggio dell'impresa manifestatosi con la concessione di un (ulteriore) termine di novanta giorni per il deposito di proposta e piano, si deve ritenere che la norma non ha inciso sui poteri di controllo del Tribunale il quale potrà, quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, disporre l'abbreviazione del termine già concesso se emerge dalle relazioni informative periodiche la manifesta inidoneità dell'attività compiuta dal debitore alla predisposizione della proposta e del piano di concordato.

Va da sé, come detto, che, nelle relazioni periodiche, la necessità dell'informazione di tutti i creditori e la trasparenza del comportamento dell'imprenditore che rappresentano i pilastri dell'istituto protettivo, impongono anche il costante riferimento alla persistenza dei gravi e giustificati motivi che hanno determinato il Tribunale alla concessione del termine e che però non sono tali da aver reso inidonea, per impossibilità sopravvenuta collegata alla emergenza sanitaria, ogni attività per la predisposizione della proposta o del piano.

Altre due notazioni vanno aggiunte dettate dalla situazione emergenziale e dai sui riflessi sulle procedure concordatarie in corso.

Nell'ipotesi di cui al comma I sopra analizzato la proroga *ex lege* dei termini di adempimento aggrava certamente gli obblighi informativi nella fase di esecuzione del concordato preventivo come previsti dall'art. 185 Legge fall. visto che essi sono funzionali e direttamente collegati all'esecuzione della proposta concordataria sotto la vigilanza degli organi della procedura e nell'interesse dei creditori concorsuali ed è di tutta evidenza che esso è destinato ad essere inciso dalla situazione di emergenza ed in modo differente a seconda che si tratti di un concordato in continuità o liquidatorio.

Inoltre vi è l'ipotesi disciplinata dal comma II e ci si deve chiedere quali riflessi la disciplina produce sugli obblighi informativi che, come è noto, non sono normati per il periodo successivo alla pronuncia dell'ammissione alla procedura sino all'omologazione del concordato preventivo. Ma, la particolare situazione che è emersa nella istanza del nuovo termine unitamente al generale dovere di collaborazione con gli organi della procedura posto a carico del debitore, induce a ritenere che il Tribunale potrà prevedere specifici obblighi informativi che lumeggino anche il profilo della

rilevanza dei fattori economici sopravvenuti per effetto della crisi epidemica e la loro influenza in ordine alla elaborazione del nuovo piano di concordato (sul tema basta ricordare quanto deciso dal Tribunale di Rovigo – 24 novembre 2016 – sulla collaborazione tra l'impresa ricorrente e i commissari – nello svolgimento della loro funzione di sorveglianza, controllo, vigilanza e predisposizione della relazione di cui all'art. 172 della Legge fall., essenziale alla corretta formazione del consenso dei creditori per la formulazione del voto – che permane durante tutta la fase successiva alla ammissione, nonostante formalmente non sia riprodotto il contenuto dell'art. 161, comma VIII, disciplinante la c.d. fase in bianco).

2.5 La previsione del V comma in materia di accordi

Resta da analizzare il quinto comma dell'art. 9 che disciplina il caso della istanza per la concessione del termine di cui al quarto comma anche nel caso di accordi di ristrutturazione quando è tato già concesso il termine di cui al settimo comma dell'art. 182 bis. La istanza deve dar conto dei concreti e giustificati motivi che ne fondano l'accoglimento, sempre che il Tribunale ritiene ancora la sussistenza dei presupposti per pervenire ad un accordo di ristrutturazione.

In tal caso, come emerge dalla relazione illustrativa, esigenze di celerità hanno suggerito di non applicare la peraltro macchinosa procedura prevista dall'articolo 182 *bis*, comma settimo, primo periodo, Legge fall. trattandosi di una mera dilatazione degli originari termini.

3. Emergenza COVID-19 e la gestione delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento

Lo stato di emergenza sanitaria da COVID-19 ha determinato l'attuazione da parte del Governo di numerose misure dirette al contenimento della epidemia e molte di tali misure hanno investito l'intero comparto della giustizia limitando l'attività di tutti gli operatori in tale ambito.

In questa prospettiva, acquista rilevanza la comprensione degli effetti che il contesto emergenziale produce sulla gestione dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento pendenti e, segnatamente sulla sorte del piani del consumatore ex art 12 bis della legge nr 3/2012 .

Il grave momento di crisi generato dalla diffusone del Coronavirus è destinato ad incidere non solo in ordine alla proposta di accordi e di piani del consumatore ma anche in ordine alla corretta esecuzione degli accordi e dei piani che già sono stati omologati ed in corso di attuazione.

Il tema è di grande attualità ed investe sia le vicende di inattuazione della programmata composizione della crisi in ragione dell'inadempimento connesso alla impossibilità sopravvenuta di esecuzione del contenuto obbligatorio dell'accordo o del piano e sia la effettiva rilevanza delle conseguenze economiche derivanti dalla epidemia da Coronavirus in ordine al procedimento con cui si intende proporre un accordo di composizione della crisi o un piano del consumatore.

Sotto il primo profilo valga evidenziare quanto segue.

L'art 13 comma 4 ter della richiamata legge si ritiene possa trovare applicazione in riferimento a tutti i piani del consumatore, ovvero agli accordi di ristrutturazione, la cui esecuzione, in considerazione dell'attuale contesto emergenziale e , quindi, per effetto di un evento non imputabile al debitore , sia divenuta impossibile per il debitore.

La disposizione richiamata, invero, prevede che nel caso in cui l'esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di un piano del consumatore divenga impossibile per cause non imputabili al debitore, può essere accordata allo stesso la possibilità di modificare l'accordo o a proposta su cui si fondano il piano o l'accordo, con l'ausilio dell'Organismo di composizione della crisi (OCC).

In buona sostanza, se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore, si prevede anche che il proponente possa, con l'ausilio dell'Organismo di composizione della crisi, modificare la proposta di accordo ed eventualmente, se si tratta di consumatore, convertire anche la medesima in una proposta di piano.

In siffatta ipotesi, appare evidente che è rimesso al giudice valutare la sopravvenuta esistenza di una causa non imputabile al debitore che non renda possibile l'esatto adempimento.

Orbene, sotto tale profilo, deve ritenersi che la gravissima crisi sociale , sanitaria ed economica provocata da COVID-19 pone senz'altro il problema della impossibilità di adempiere le obbligazioni contrattuali, non essendo improbabile che le parti contrattuali si trovino nella impossibilità di adempiere le proprie obbligazioni alla luce delle rigide restrizioni imposte dall'autorità governativa (impossibilità di uscire di casa se non nei casi di stretta e comprovata necessità , chiusura di molte attività commerciali o anche solo alla luce della necessità di esporsi il meno possibile al contagio del virus).

In questa prospettiva, deve ritenersi che l'emergenza epidemiologica da COVID-19 costituisce causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione nella disciplina delle obbligazioni atteso che tra i casi in cui potrebbe essere invocabile l'impossibilità sopravvenuta della prestazione

rientrerebbero gli ordini ed i divieti posti in essere dalla autorità amministrativa, cd *factum principis* . Invero, si tratta di disposizioni emanate a salvaguardia di interessi generali, come la protezione della salute pubblica, che, imponendo divieti e restrizioni, rendono di fatto impossibile l'adempimento di una obbligazione, a prescindere dal volere di chi si sia impegnato contrattualmente a farlo.

Come è noto, nel nostro ordinamento, l'inadempimento contrattuale e la responsabilità del debitore vanno valutati alla luce dell'art 1218 c.c., secondo il quale "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno , se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile .

L'art. 1218 è infatti strutturato in modo tale da porre a carico del debitore una presunzione di colpa ogni volta in cui ci sia un inadempimento. Il debitore per vincere questa presunzione ed evitare di dover rispondere del mancato rispetto delle obbligazioni che ha assunto tramite il contratto, deve dare prova di avere eseguito correttamente la prestazione oppure dimostrare che l'inadempimento è dipeso da una causa a lui non imputabile, ossia un evento esterno al debitore , che questi, sebbene abbia posto in essere tutti gli sforzi necessari, non è riuscito ad evitare. I provvedimenti legislativi dettati da interessi generali e di ordine pubblico, che rendano impossibile la prestazione indipendentemente dal comportamento dell'obbligato, come quelli di recente emanazione, costituiscono infatti un'esimente della responsabilità del debitore.

Nella fattispecie in esame, ogni dubbio sulla applicabilità dei principi generali sulla responsabilità del debitore per l'inadempimento o ritardo sembrerebbe risolto dall'art 91 d.l. 17 marzo 2020 nr 18 che così dispone <<all'art 3 del decreto legge 23.2.2020 nr 6 convertito con modificazioni dalla legge 5.3.2020 nr 13, dopo il comma 6 è inserito il seguente " 6 bis. *Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini della esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt 1218 c.c. e 1223 c.c. , della responsabilità del debitore , anche relativamente alla applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati od omessi adempimenti*>> .

Sebbene tale disposizione sia dettata solo per i contratti pubblici, l*'eadem ratio* imporrebbe di estendere il principio a tutti i contratti, indipendentemente dall'oggetto e dalla natura dei contraenti.

Sono gli stessi articoli 1218 e 1223 c.c. che, letti combinatamente, escludono responsabilità e risarcimento quando l'inadempimento della obbligazione o il ritardo della sua prestazione

dipendano da causa non imputabile al debitore e tale è appunto, indubitabilmente, il rispetto delle misure di contenimento.

Da questo punto di vista, anche alla luce della ratio che ispira l'insieme delle norme di cui si compone il d.l. "Cura Italia", si ritiene che la sopravvenuta esistenza di una causa non imputabile che non rende possibile l'esatto adempimento possa essere valutata dal Giudice delegato senza la necessità di una nuova udienza per la discussione del profilo temporale dell'adempimento con i creditori o qualunque altro interessato che possa sollevare contestazioni.

Ispira questa interpretazione in primo luogo l'art 91 del decreto legge sopra richiamato recante disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dalla attuazione delle misure di contenimento che, sia pure riferito a vicende contrattuali e non a vicende caratterizzate da profili procedurali in senso ampio come il caso del piano del consumatore può essere considerata norma di carattere generale per la interpretazione delle conseguenze della attuazione delle misure di contenimento del Coronavirus e, quindi, anche strumento nelle mani del giudice per valutare la presente istanza di differimento del termine da cui far continuare decorrere l'adempimento delle obbligazioni assunte con il piano del consumatore .

Si ritiene infatti che sulla istanza di modifica richiesta dal debitore, con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi , il giudice designato possa decidere sulla istanza senza necessità di disporre la convocazione dei creditori.

Valga evidenziare che nel decreto liquidità, il legislatore, riconosce la possibilità di rivolgere direttamente istanze al Tribunale se motivate con specifico riferimento ai fatti sopravvenuti per effetto della emergenza epidemiologica COVID-19 così facendo entrare nel diritto della crisi di impresa come rilevante, tipizzandolo, il fatto sopravvenuto non imputabile ad una delle parti coinvolte nella esecuzione degli accordi e nelle procedure di regolazione della crisi e della insolvenza

Sul punto l'art 9 comma 3 del decreto fa riferimento alla ipotesi in cui il debitore intenda solo modificare i termini di adempimento originariamente prospettati nella proposta e nell'accordo. Il presupposto di operatività della norma è la pendenza di un procedimento di omologa di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione alla data del 23.2.2020. In tale caso si fa riferimento non ad una modifica sostanziale del piano ma ad una modifica unilaterale del termine di adempimento come originariamente prospettato e sempre che nella nuova istanza siano indicati i termini i nuovi termini che non possono essere superiori a sei mesi e venga data prova documentale

della necessità della modifica . In questo caso, il Giudice è chiamato ad una valutazione solo sui temi dell'adempimento per cui l'istanza dovrà vertere essenzialmente su tale circostanza dovendo il proponente giustificare i motivi che stanno a base della richiesta di modifica dei tempi.

La disciplina relativa alla moratoria sino a sei mesi secondo una modifica unilaterale e previo parere del commissario va ritenuta estensibile ai piani del consumatore tenuto conto della ratio sottesa al decreto richiamato che è quella di sostenere il sistema da una spaventosa crisi di liquidità; tale sforzo rischierebbe di essere vanificato in mancanza della possibilità di ridimensionare i debiti già contratti da chi è in difficoltà apportando una modifica unilaterale del termine di adempimento, intervenendo sui debiti pregressi , sospendendone l'esazione.

Sotto il medesimo profilo va rilevato che l'esigenza di concedere ai debitori la possibilità di apportare celermente modifiche ai piani è funzionale a quella di semplificazione richiesta dalla attuale fase emergenziale nella gestione dei procedimenti pendenti e futuri : con riferimento agli accordi di composizione della crisi, l'avvio di un ulteriore iter finalizzato al raggiungimento di un nuovo accordo coi creditori, rischierebbe di dilatarne eccessivamente la durata e tanto anche in considerazione dei nuovi carichi di lavoro che ricadranno sugli uffici giudiziari a seguito delle sospensioni delle udienza , dei termini, delle attività.

La modifica unilaterale suddetta trova poi la sua ratio nel principio di buona fede contrattuale che è principio tipizzato dal legislatore anche come diritto del contraente di introdurre in via unilaterale modifiche vincolanti per le parti del contratto, funzionali alla tutela del suo specifico interesse e non lesive degli interessi della controparte. Ciò vuol dire che non deve mai trattarsi di modifiche sostanziali, qualitative e quantitative ma solo di una modifica (come nel caso de quo) che incide sui termini dell'adempimento originariamente proposti per fare fronte ad una ritenuta impossibilità (temporanea) che incide sull'esatto adempimento.

Le norme sulla buona fede, sulla correttezza ed equità costituiscono fonti di ogni rapporto obbligatorio e a tali principi il legislatore fa espresso riferimento anche nel codice della crisi laddove all'art 4 rubricato "doveri delle parti" si disciplina l'obbligo del comportamento del debitore e del creditore secondo buona fede e correttezza e secondo il dovere di leale collaborazione tra le parti coinvolte nelle procedure di composizione della crisi di impresa e nella loro esecuzione.

Appare evidente che in tali termini si giustifica la mancata partecipazione del ceto creditorio compensata dal parere espresso dall'OCC.

In definitiva e alla stregua di quanto sopra argomentato, deve ritenersi che il debitore, con l'ausilio dell'OCC possa chiedere al Giudice in via telematica la sospensione della esecuzione dell'accordo o del piano omologato , ricorrendo una ipotesi di impossibilità sopravvenuta all'adempimento derivante da ragione a lui non imputabile. Non può trovare, invero, prevalenza la disposizione di cui all'art 14 bis, comma II lett. b) che riconosce ai creditori di dichiarare cessati gli effetti del piano del consumatore omologato nel caso in cui l'esecuzione del piano diviene impossibile anche per fatti non imputabili al debitore.

Deve infatti ritenersi che il rapporto tra art 13 comma IV ter ed art 14 bis, comma II lett b) va inteso nel senso che prevale la volontà del debitore di chiedere la modifica della proposta del piano rispetto a quella dei creditori di ottenere la cessazione degli effetti della omologazione del piano del consumatore.

Va considerato che il piano del consumatore è sottoposto ad un controllo giudiziale sia nella fase di omologazione che in quella di esecuzione: la valutazione circa la fattibilità del piano e la meritevolezza dello stesso va effettuata anche nella sede in cui il giudice è chiamato a decidere sulla istanza del debitore per ottenere la modifica del piano ex art 13 comma IV ter.

Questa considerazione appare tanto più fondata in considerazione del fatto che nella fase di esecuzione il requisito della meritevolezza viene in rilievo sul presupposto della non imputabilità al debitore della causa che non rende possibile l'esatto adempimento e quello della fattibilità assume rilievo considerato che se venisse richiesto l'immediato adempimento, il piano non sarebbe più fattibile.

Sul tema si consentito il richiamo a due precedenti del Tribunale di Napoli (dei quali si riporta le massime tratte da www.ilcaso.it che ne riporta anche il testo integrale).

Tribunale di Napoli, decreto del 3 aprile 2020

Piano del consumatore in corso di omologa – Richiesta di sospensione dei termini di decorrenza del piano, in caso di omologazione, ai sensi dell'art. 13 co 4 ter legge 3/2012

Sussistono i presupposti di legge della sospensione della decorrenza del piano del consumatore, con istanza formulata nelle more della omologazione, dovendosi ritenere accoglibile l'istanza motivata sull'impossibilità sopravvenuta dell'esatto adempimento nei termini proposti (situazione collegata a messa in cassa interazione del consumatore proponente il piano per effetto della normativa contenuta nel c.d. decreto "Cura Italia)

Tribunale di Napoli, decreto del 17 aprile 2020

Piano del consumatore omologato – Richiesta di sospensione dell'esecuzione del piano ai sensi dell'art. 13 co 4 ter legge 3/2012 - Sussistenza

I debitori, nei confronti dei quali sia già intervenuta la omologazione di un piano o di un accordo, possono rimodulare le modalità e le tempistiche della esecuzione avvalendosi dell'ausilio dell'OCC ex art. 13 comma 4 ter legge n. 3/2012 quando sussiste una causa sopravvenuta non imputabile al debitore (fattispecie in tema di incidenza dell'emergenza sanitaria COVID-19).

Sulla istanza di modifica il giudice designato può decidere, sentito l'OCC, senza necessità di disporre la convocazione dei creditori se, come nel caso in esame, si è chiesta la sospensione del pagamento di alcune rate mensile e cioè si è chiesta una modifica che incide sui tempi dell'adempimento; depone in tal senso quanto previsto dall'art. 9, comma III, del Decreto Liquidità n. 23/2020 applicabile alla fattispecie analogicamente.

Andrea Venegoni

Covid-19 e interessi finanziari dell'Unione Europea: così lontani e così vicini

Sommario: 1. Introduzione – 1.1. Gli interessi finanziari dell'Unione – 2. Le prime risposte europee all'emergenza – 2.1. La Commissione Europea – 2.2. La BCE – 2.3. Altri interventi – 3. Natura degli interventi – 4. Rilevanza della natura degli interventi: le indagini penali.

1. Introduzione

Parlare di un argomento come gli interessi finanziari dell'Unione Europea in un periodo come questo può sembrare non solo del tutto slegato dalla realtà - non essendo di immediata percezione il collegamento con l'attuale epidemia in atto -, ma quasi irridente verso chi deve necessariamente occuparsi di ben altri temi, in un momento in cui altre appaiono le emergenze, ed altre sono le preoccupazioni ed i pensieri di tutti, anche degli studiosi di diritto.

Ad una simile conclusione, tuttavia, si può giungere solo se ricorrono due condizioni: a) che si sia fatta una lettura superficiale degli eventi in atto in tutte le loro implicazioni, anche economiche; b) che non si abbia familiarità con il concetto di "interessi finanziari dell'Unione".

Diversamente, si percepirebbe, invece, come il tema degli interessi finanziari dell'Unione abbia una sua dignità nell'analisi dell'aspetto che, dopo quello sanitario, è uno dei più rilevanti, se non il più rilevante dell'attuale crisi, quello economico.

È infatti un dato ormai di comune conoscenza, emergente alla semplice lettura di un quotidiano, quello per cui l'Unione Europea è stata chiamata a dare una risposta chiara e forte ai danni economici che l'epidemia ha provocato nei singoli Stati Membri, tra cui il nostro.

Senza entrare qui in discussioni di carattere politico, per il carattere di questo testo - che intende solo fornire informazioni e porsi qualche domanda di carattere strettamente giuridico -, le risposte dell'Unione finora si sono articolate su vari livelli, che corrispondono anche ai poteri delle singole istituzioni dell'Unione.

Non è inutile, infatti, forse ricordare in questo momento che dietro alla generica espressione "Unione Europea" o più ancora "Europa" si presentano, in realtà, istituzioni ben diverse tra loro nella struttura e nei poteri.

Può essere interessante in questa breve analisi, allora, vedere se e in che modo le misure che l'Unione Europea intende adottare in questa fase incrocino gli interessi finanziari della stessa, e quale sia la rilevanza di tale circostanza.

1.1. Gli interessi finanziari dell'Unione

Esaminiamo, in primo luogo, cosa si intenda con questa espressione.

Per questo, oggi ci si può rifare ad una definizione normativa, contenuta in due strumenti legislativi.

Il primo è la direttiva per la tutela dei medesimi interessi attraverso il diritto penale, la c.d. "Direttiva PIF" del 2017[1].

L'art. 2 comma 1 della stessa afferma che

"per «interessi finanziari dell'Unione» si intendono tutte le entrate, le spese e i beni che sono coperti o acquisiti oppure dovuti in virtù: i) del bilancio dell'Unione; ii) dei bilanci di istituzioni, organi e organismi dell'Unione istituiti in virtù dei trattati o dei bilanci da questi direttamente o indirettamente gestiti e controllati".

Il processo di recepimento della direttiva nel sistema interno è tuttora in corso.

La legge 4.10.2017, n. 117, in particolare all'art. 3, ha dettato le linee della delega al Governo per il recepimento di tale direttiva, ma la legge delega non aggiunge nulla a tale definizione.

Il Governo ha redatto il testo del decreto delegato, il quale si trova attualmente in Parlamento per i passaggi tecnici.

Ma una definizione di interessi finanziari dell'Unione si trova anche in un altro strumento normativo dell'Unione, un regolamento, e, in quanto tale, direttamente applicabile nel diritto interno.

Si tratta del regolamento n. 883/2013 che disciplina le indagini dell'Ufficio Europeo per la Lotta Antifrode (OLAF), l'organismo dell'Unione incaricato di condurre indagini amministrative sui fatti – essenzialmente irregolarità - lesivi del bilancio comunitario[2].

[1] DIRETTIVA (UE) 2017/1371 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale

[2] Regolamento (UE, EURATOM) n. 883/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 settembre 2013 relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) e che abroga il regolamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Euratom) n. 1074/1999 del Consiglio

Secondo tale regolamento (art. 2) per "interessi finanziari dell'Unione" si intendono le *"entrate, spese e beni coperti dal bilancio dell'Unione europea, nonché quelli coperti dai bilanci delle istituzioni, degli organi e degli organismi e i bilanci da essi gestiti e controllati".*

Le due norme, come si può vedere ad un semplice confronto letterale, sostanzialmente coincidono e la seconda, come detto, fa già parte del nostro sistema.

Da esse si ricava in primo luogo che gli interessi finanziari dell'Unione attengono alle entrate ed alle uscite del bilancio dell'Unione.

Come già ricordato in altre occasioni[3], nel corso degli anni successivi alla sua creazione, la allora Comunità Europea – oggi Unione - ha iniziato a disporre di un proprio bilancio per il perseguimento delle politiche ad essa proprie.

Questo bilancio non rappresenta una sorta di "consolidato" dei bilanci nazionali, ma è distinto da essi e di importo ben più modesto. Solo per dare un'idea, i bilanci degli ultimi anni coinvolgono importi che si aggirano sui 140-160 miliardi l'anno, una cifra quindi ben inferiore a quella del bilancio di uno Stato di medie o grandi dimensioni.

Il bilancio dell'Unione si compone di entrate ed uscite. In gran parte esso è comunque, ad oggi, dipendente dalle disponibilità degli Stati, perché la quota più rilevante delle entrate è rappresentato da un versamento che essi compiono in proporzione al PIL di ciascuno.

Tuttavia negli anni, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, si sono istituite delle entrate, cosiddette "proprie" dell'Unione, cioè importi che dalla fonte confluiscono direttamente nel bilancio comunitario (oggi unionale). Esse sono, ad oggi, rappresentate dai diritti doganali, riscossi in occasione delle operazioni di importazioni ed esportazioni di merci all'ingresso o uscita di merci dalla frontiera doganale dell'Unione, e dai prelievi agricoli.

Inoltre, è di competenza del bilancio dell'Unione anche una modesta quota dell'imposta sul valore aggiunto (iva) che gli Stati riscuotono sulle operazioni imponibili.

Le uscite del bilancio sono gli impegni finanziari dell'Unione per perseguire le proprie politiche.

Si tratta delle politiche comunitarie, facenti parte del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea del 1957, transitate poi nell'Unione, dopo il 1992, come componenti il c.d. "Primo pilastro".

[3] Ci si permette, al riguardo, di rinviare, tra gli altri, a VENEGONI, *La protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, 2018

I fondi per la coesione, definiti anche strutturali, sono la principale tra esse, avendo negli ultimi anni superato, per importo, l'altra grande voce delle uscite del bilancio dell'Unione, che ha rappresentato per anni forse la principale politica dell'istituzione: le spese per l'agricoltura e lo sviluppo rurale.

Soprattutto dopo il grande allargamento dell'Unione con l'ingresso di tredici nuovi Stati, prevalentemente dell'Est Europa, avvenuto tra il 2004 ed il 2013, la spesa per la coesione è divenuta la più rilevante.

Come emerge, poi, dal testo letterale delle norme sopra riportate, il concetto di interessi finanziari dell'Unione non si limita, però, al solo bilancio dell'Unione.

All'interno di quest'ultima, e della sua complessa struttura finanziaria, non solo esiste, infatti, un bilancio generale comunitario, ma esistono bilanci di vari organi dell'Unione (si pensi, per esempio, alle c.d. "agenzie" della Commissione Europea) ed altri di origine non comunitaria sebbene gestiti prima dalle Comunità e oggi dall'Unione[4], così come esistono bilanci gestiti per conto della stessa[5].

2.Le prime risposte europee all'emergenza

È interessante ora passare in rassegna le risposte, o le principali risposte, che l'Unione ha inteso mettere in campo in questa fase, distinguendole a seconda dell'Istituzione coinvolta. Questo, anche per dare un'informazione oggettiva sull'argomento, indipendentemente da quello che si può pensare sull'efficacia di tali misure.

2.1. La Commissione Europea

La Commissione Europea è il c.d. "motore" dell'Unione; promuove l'interesse generale dell'UE attraverso il potere di iniziativa legislativa ed è anche definita la "custode" dei Trattati, nel senso che assicura il rispetto del diritto UE e ne attua le politiche e il bilancio. Svolge una funzione

[4] Si pensi al Fondo Europeo di Sviluppo, per il sostegno ai Paesi di aree svantaggiate del mondo, costituito dagli Stati, ma gestito dall'Unione

[5] In genere, tutte le spese relative ai fondi strutturali e spese agricole (c.d. spese indirette) sono sostenute attraverso fondi quali il FESR Fondo Europeo di Sviluppo Regionale, il FSE Fondo Sociale Europeo, il Fondo di Orientamento e garanzia gia FEOGA, il Fondo per la Pesca, gestiti dagli Stati. Di recente, per sostenere il grande piano per la crescita lanciato dalla Commissione Europea con una dotazione di circa 300 miliardi di euro, è stato costituito il Fondo Europeo per gli Investimenti Strategici (FEIS). Esistono poi anche forme di gestione condivisa con organismi finanziari dell'Unione come la Banca Europea per gli Investimenti che partecipa, per esempio, anche al suddetto FEIS.

che, per fare un paragone con la suddivisione dei poteri all'interno di uno Stato, potrebbe accostarsi a quella del potere esecutivo.

Come emerge dalla semplice lettura del suo sito, la Commissione propone nuove leggi, che devono poi essere discusse ed approvate dal Parlamento Europeo e dal Consiglio, gestisce le politiche dell'Unione ed assegna i finanziamenti, assicura il rispetto della legislazione dell'UE e rappresenta l'Unione sulla scena internazionale.

Senza volerne mitizzare l'azione, essa è una istituzione "europea" nel senso più autentico del termine, in quanto i suoi componenti - i Commissari (uno per Stato), ma anche tutto il personale che la compone, suddiviso nelle varie Direzioni Generali, Servizi ed Agenzie -, pur provenendo ovviamente dai vari Stati Membri, non operano quali rappresentanti o nell'interesse di questi ultimi, ma agiscono nell'esclusivo interesse dell'Unione. Si potrebbe quasi dire, ma, ripeto, senza voler dare l'impressione di vivere in un mondo ideale, che essi, in un certo senso, nello svolgimento della loro funzione, perdano la loro nazionalità per diventare funzionari pubblici europei.

Tra i vari compiti come custode dei trattati, secondo l'art. 126 TFUE la Commissione sorveglia l'evoluzione della situazione di bilancio e dell'entità del debito pubblico negli Stati membri, al fine di individuare errori rilevanti. In particolare, esamina la conformità alla disciplina di bilancio sulla base dei due criteri seguenti:

a) se il rapporto tra il disavanzo pubblico, previsto o effettivo, e il prodotto interno lordo superi un

valore di riferimento, a meno che:

— il rapporto non sia diminuito in modo sostanziale e continuo e abbia raggiunto un livello che

si avvicina al valore di riferimento,

— oppure, in alternativa, il superamento del valore di riferimento sia solo eccezionale e temporaneo

e il rapporto resti vicino al valore di riferimento;

b) se il rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo superi un valore di riferimento, a

meno che detto rapporto non si stia riducendo in misura sufficiente e non si avvicini al valore di

riferimento con ritmo adeguato.

Secondo l'art. 1 del Protocollo 12 del Trattato, i valori di riferimento di cui al suddetto articolo 126, paragrafo 2, sono:

— il 3 % per il rapporto fra il disavanzo pubblico, previsto o effettivo, e il prodotto interno lordo ai

prezzi di mercato,

— il 60 % per il rapporto fra il debito pubblico e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato.

Se uno Stato Membro non rispetta tali parametri, la Commissione ha il potere di dare avvio ad una procedura, prevista nello stesso art 126, che, senza entrare qui troppo nel dettaglio, può portare a sanzioni.

L'aumento del debito pubblico, così come un'eccessiva diminuzione del PIL, porta al rischio di non rispettare di tali parametri, ed espone quindi lo Stato al rischio di procedura di infrazione.

Ma, soprattutto, il rispetto di tali parametri, certamente convenzionali e quindi non scolpiti nella pietra, ha una funzione che, anche a chi sia un profano di economia come lo scrivente, ma semplicemente lettore di articoli sul tema, appare non fine a se stesso, ma teso al mantenimento di una sostenibilità finanziaria di ogni Stato Membro, che si traduce in credibilità, necessaria a quest'ultimo per ottenere i finanziamenti necessari per la sua stessa esistenza, reperibili non in Europa, ma sui mercati internazionali.

In altri termini, poiché fino ad ora ogni Stato deve provvedere a se stesso, in mancanza di una politica comune in materia, l'Europa si limita a stabilire dei criteri il cui rispetto permette al singolo Paese di potersi presentare sui mercati internazionali con credenziali che gli permettano di finanziarsi.

L'Italia, in questo senso, avendo un forte debito pubblico, avendo quindi – per usare un linguaggio atecnico - un elevato ammontare di debiti da restituire, avrebbe tutto l'interesse a mantenere tale credibilità sui mercati internazionali, poiché, come avviene nella vita anche tra persone fisiche, un soggetto fortemente indebitato potrebbe non godere di fiducia illimitata all'interno del mondo in cui vive, quando dovrà chiedere nuovamente denaro in prestito.

In occasione dell'emergenza Covid-19, allora, l'Italia, che, pur avendo un debito pubblico notevole, tuttavia rispetta il suddetto limite del 3%, ha prospettato la necessità di dovere affrontare una serie di spese necessarie per fronteggiare la situazione, che, se prese in considerazione, avrebbero modificato il rapporto con il PIL, che oltretutto, in questo periodo certamente non crescerà, ma anzi scenderà significativamente.

La Commissione Europea, in una lettera del 6 marzo 2020 al Governo Italiano, ha affermato che le spese "una tantum" sostenute per fare fronte alla diffusione dell'epidemia da Covid-19 non saranno computate ai fini della valutazione dei rapporti numerici di cui sopra.

Ha, quindi, permesso all'Italia di sostenere tali spese, anche laddove determinanti un incremento del debito pubblico, senza incorrere nel rischio di sanzioni.

Questo è stata una pima risposta, certamente favorevole al nostro Paese, giunta da una istituzione strutturalmente "europea" all'interno dell'Unione.

La Commissione, poi, ha intrapreso un'altra iniziativa, approvata dal Consiglio dell'Unione (cioè l'istituzione che rappresenta gli Stati membri) e dal Parlamento Europeo, consistente in un utilizzo diverso dal normale dei fondi strutturali dal bilancio dell'Unione.

I fondi strutturali sono, come ricordato in apertura trattando del bilancio dell'Unione, i fondi destinati ad investimenti per favorire lo sviluppo, all'interno dell'Unione, delle aree geografiche più svantaggiate. Essi, come detto, fanno parte del bilancio dell'Unione Europea[6].

La distribuzione di questi fondi ed il loro utilizzo avviene secondo uno schema generale, che prevede il trasferimento dei fondi dall'Unione agli Stati, e schemi particolari, che sono però gestiti direttamente dagli Stati, per individuare i beneficiari di singoli progetti, anche con il coinvolgimento, in alcuni casi, di articolazioni territoriali; nel caso dell'Italia, delle Regioni. Per questo, si parla di "spese indirette" dell'Unione, perché, a differenza di altre voci, questi fondi non sono distribuiti direttamente dall'Unione ai beneficiari, ma ciò avviene con l'intermediazione dei singoli Stati.

Ancora, la distribuzione ed utilizzo di tali fondi, che si articolano in vari strumenti, è determinata da vincoli piuttosto rigidi e dettagliati.

[6] I Fondi Europei Strutturali e per gli Investimenti (ESIF) finanziano migliaia di programmi e progetti in tutta Europa.. Il loro principale obiettivo e di migliorare la competitività e la crescita a livello locale, regionale e nazionale. Per l'attuale periodo di programmazione (2014 -2020), esistono cinque fondi strutturali e di investimento:

• Fondo Europeo di Sviluppo Regionale (European Regional Development Fund) (ERDF)
• Fondo Sociale Europeo (European Social Fund) (ESF)
• Fondo di Coesione (Cohesion Fund) (CF)
• Fondo Europeo Agricolo per lo Sviluppo Rurale (European Agricultural Fund for Rural Development) (EAFRD)
• Fondo Europeo per la Pesca ed il Mare (European Maritime and Fisheries Fund) (EMFF).

Questi fondi sono gestiti congiuntamente dalle autorità dell'UE e degli Stati Membri.
Per ulteriori informazioni si veda anche il sito dell'OLAF https://ec.europa.eu/anti-fraud/home_it

Orbene, in occasione dell'emergenza Covid-19, la Commissione ha presentato due proposte legislative per iniziative di investimento, che comportano modifiche ai regolamenti su tali fondi con l'introduzione di piena flessibilità nell'utilizzo di tali risorse[7]. Una di queste è già stata approvata dal Consiglio e dal Parlamento Europeo.

Così, tra l'altro, è prevista la possibilità di trasferimento tra i vari strumenti in cui si articola la politica di coesione, soprattutto, cioè, tra il Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), il Fondo sociale europeo (FSE) ed il Fondo di coesione; è prevista anche la possibilità di trasferimenti tra le diverse categorie di regioni e flessibilità nella concentrazione tematica.

Al di là dei tecnicismi, queste, come altre misure di accompagnamento, permetteranno l'utilizzo in maniera utile di circa 37 miliardi di euro.

La Commissione ha, poi, proposto[8] un nuovo strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nell'emergenza, denominato SURE[9]. Esso è pensato per aiutare a proteggere i posti di lavoro e i lavoratori che risentono della pandemia da coronavirus. Fornirà assistenza finanziaria per un totale di 100 miliardi di euro sotto forma di prestiti, concessi dall'UE agli Stati membri a condizioni favorevoli. I prestiti aiuteranno gli Stati membri ad affrontare aumenti repentini della spesa pubblica per il mantenimento dell'occupazione: nello specifico, concorreranno a coprire i costi direttamente connessi all'istituzione o all'estensione di regimi nazionali di riduzione dell'orario lavorativo e di altre misure analoghe per i lavoratori autonomi introdotte in risposta all'attuale pandemia di coronavirus.

L'assistenza finanziaria nel quadro dello strumento SURE assumerà la forma di un prestito concesso dall'UE agli Stati membri che ne fanno domanda.

[7] Commissione Europea, proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti(UE) n. 1303/2013 e (UE) n. 1301/2013 per quanto riguarda misure specifiche atte ad offrire flessibilità eccezionale nell'impiego dei fondi strutturali di investimento europei in risposta alla pandemia di Covid-19 COM(2020)138 finale, del 2.4.2020

Commissione Europea, proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti(UE) n. 1303/2013 e (UE) n. 1301/2013 e (UE) n. 508/14 con riferimento a specifiche misure per investimenti nel settore sanitari degli Stati Membri e in altri settori delle loro economie in risposta all'emergenza da Covid-19 COM(2020)113 final, del 13.3.2020

[8] Commissione Europea, proposta di regolamento del Consiglio per l'istituzione di uno strumento europeo per il sostegno temporaneo per contrastare i rischi di disoccupazione nell'emergenza a seguito dell'epidemia da Covid-19 (SURE), 2.4.2020 COM(2020) 139 finale

[9] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/QANDA_20_572

La Commissione contrarrà prestiti sui mercati finanziari per finanziare quelli agli Stati membri, che sarebbero poi concessi a condizioni favorevoli: gli Stati membri beneficerebbero quindi del buon rating di credito dell'UE e di bassi costi di finanziamento.

Questi prestiti saranno basati su un sistema di garanzie volontarie degli Stati membri nei confronti dell'UE. Lo strumento entrerà in funzione una volta che tutti gli Stati membri si saranno impegnati in relazione a tali garanzie.

2.2. La BCE

Un'altra risposta è giunta da un'altra istituzione dell'Unione, la Banca Centrale Europea.

Solo per fermarsi, anche in questo caso, alle informazioni generali, la BCE

•Fissa i tassi di interesse ai quali concede prestiti alle banche commerciali dell'eurozona (nota anche come area dell'euro), controllando pertanto l'offerta di moneta e l'inflazione

•gestisce le riserve di valuta estera dell'eurozona e l'acquisto o la vendita di valute per mantenere in equilibrio i tassi di cambio

•si accerta che le istituzioni e i mercati finanziari siano adeguatamente controllati dalle autorità nazionali, e che i sistemi di pagamento funzionino correttamente

•garantisce la sicurezza e la solidità del sistema bancario europeo

•autorizza l'emissione di euro in banconote da parte dei paesi dell'eurozona

•monitora le tendenze dei prezzi e valuta i rischi che ne derivano per la stabilità dei prezzi.

Nell'ambito delle sue competenze di politica monetaria, la Banca, sempre nel marzo 2020, nel pieno dell'emergenza Covid-19, ha lanciato un programma che, semplificando, si può definire come di acquisto di attività, di assets, inclusi titoli di Stato nazionali.

Il programma si chiama "Programma di acquisto di emergenza pandemica" (PEPP) ed ha una dotazione complessiva di circa 750 miliardi di euro fino alla fine del 2020; tramite esso, che consiste, in linea generale, in una sorta di riproposizione del c.d. Quantitative Easing già operato dalla BCE a seguito della crisi finanziaria di una decina di anni fa, la Banca acquista titoli pubblici e privati per circa 80 miliardi al mese. In questo modo, la BCE si è impegnata a comprare nell'anno in corso circa 220 miliardi di titoli di Stato italiani. Questo intervento ha l'effetto non solo di immettere liquidità nel mercato, ma anche di calmierare i tassi di interesse che lo Stato italiano deve

pagare quando prende a prestito denaro da altri investitori[10]. Infatti, dopo il solo annuncio di tale programma, il ben noto "spread", cioè il differenziale di rendimento tra determinati titoli del debito pubblico italiano e quelli tedeschi, era subito sceso, con indubbio vantaggio per il nostro Paese.

2.3. Altri interventi (Eurogruppo, BEI, MES)

Ma l'azione dell'Unione non si è fermata qui.

Nel documento dell'Eurogruppo[11] del 9.4.2020[12], oltre ad alcune delle misure già sopra indicate, sono ricordate altre iniziative in corso, di cui anche l'Italia potrà beneficiare.

La Banca europea per gli investimenti (BEI) ha, per parte sua, intrapreso un'iniziativa.

La Banca è un'istituzione finanziaria proprietà comune dei paesi dell'UE[13].

I suoi obiettivi sono, tra gli altri:

•accrescere le potenzialità dell'Europa in termini di occupazione e crescita

•promuovere le politiche dell'UE al di fuori dei suoi confini.

La Banca assume prestiti sui mercati dei capitali e eroga prestiti a condizioni favorevoli per progetti che sostengono obiettivi dell'UE. Circa il 90% dei prestiti viene erogato all'interno dell'UE. Il denaro non proviene dal bilancio dell'UE.

La BEI fornisce soprattutto prestiti, che costituiscono circa il 90% dei suoi impegni finanziari complessivi. La banca presta a clienti di tutte le dimensioni per sostenere la crescita e l'occupazione, contribuendo spesso in tal modo ad attirare altri investitori

La BEI eroga i prestiti superiori ai 25 milioni di euro direttamente. Per prestiti più esigui apre linee di credito per istituti finanziari che a loro volta concedono fondi ai richiedenti

In questo contesto, la Banca ha proposto dunque ai suoi azionisti, che, come detto, sono gli Stati, un meccanismo per aumentare la sua capacità di intervento: un fondo di garanzia, al momento ipotizzato in 25 miliardi ma potenzialmente aumentabile.

---

[10] COTTARELLI, *Più deficit per gli Stati e prestiti alle imprese. L'Europa si muove, ma servono gli eurobond*, in https://www.lastampa.it/topnews/primo-piano/2020/03/19/news/piu-deficit-per-gli-stati-e-prestiti-alle-imprese-l-europa-si-muove-ma-servono-gli-eurobond-1.38609332

[11] Il c.d. Eurogruppo è il gruppo informale dei ministri delle finanze degli Stati che adottano l'Euro, e, quindi, in sostanza, un organismo riconducile al Coniglio della UE, l'istituzione che rappresenta gli Stati

[12] Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic, in https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/09/report-on-the-comprehensive-economic-policy-response-to-the-covid-19-pandemic/

[13] https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-investment-bank_it

Si è poi molto discusso, anche a livello giornalistico, sull'accesso, quale ulteriore risorsa, al Meccanismo Europeo di Stabilità (MES).

Il MES[14], che ha fatto seguito al suo predecessore Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF), istituito nel 2010, è un'organizzazione intergovernativa regolata dal diritto pubblico internazionale, con sede in Lussemburgo, inaugurato alla fine dell'anno 2012. I paesi della zona euro, infatti, hanno firmato il trattato intergovernativo che ha istituito il MES il 2 febbraio 2012. Lo stesso è stato ratificato dall'Italia con legge 23.7.2012, n. 116. I suoi azionisti sono, pertanto, i paesi della zona euro.

Il MES emette strumenti di debito per finanziare prestiti e altre forme di assistenza finanziaria nei paesi della zona euro.

Esso è autorizzato a concedere prestiti nell'ambito di un programma di aggiustamento macroeconomico; acquistare titoli di debito sui mercati finanziari primari e secondari; fornire assistenza finanziaria sotto forma di linee di credito; finanziare la ricapitalizzazione di istituzioni finanziarie tramite prestiti ai governi dei suoi Stati membri.

Si è discusso molto dell'accesso al MES per le condizioni alle quali uno Stato può accedere ai suoi prestiti. Peraltro, tralasciando la considerazione che l'Italia ha dichiarato – allo stato - di non voler accedere ad esso, il documento dell'Eurogruppo del 9.4.2020 ha chiarito che tali condizioni sarebbero rinegoziate qualora l'accesso ai fondi fosse finalizzato a sostenere spese nel campo della sanità per fronteggiare la crisi in atto.

Ancora, il documento dell'Eurogruppo menziona l'intenzione di proporre un nuovo fondo speciale, un Fondo che si potrebbe definire per la ripartenza o recupero (Recovery Fund). Tale fondo sarebbe temporaneo, finalizzato a fronteggiare l'attuale crisi attraverso strumenti finanziari innovativi.

Tuttavia questa appare, al momento, un'intenzione, ed i dettagli pratici dovranno essere discussi a livello politico, così come il rapporto tra tale fondo ed il rapporto con il bilancio dell'Unione.

Infine, non si tratta in questa sede della istituzione dei già citati Eurobond o Coronabond per una semplice ragione; questo articolo non è di economia, e che scrive non avrebbe neppure le competenze necessarie in materia, ma punta più modestamente a trattare un tema di carattere

[14] https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/european_stability_mechanism.html?locale=it

giuridico, seppure collegato a misure economiche; inoltre, tali strumenti al momento non sono in essere, e quindi avventurarsi in considerazioni su qualcosa di meramente ipotetico non appare necessario ai fini giuridici.

3. Natura degli interventi

Il passo successivo che va compiuto nella nostra analisi è, adesso, quello di capire se tutti gli interventi sopra descritti attengano al concetto di "interessi finanziari dell'Unione" secondo la definizione riportata in apertura.

Va subito detto che, mentre per alcuni interventi la risposta può essere semplice, per altri si tratta di avventurarsi in territori poco battuti dalla dottrina giuridica, e sui quali, almeno chi scrive, non ha certezze.

Certamente si può dire che attiene agli interessi finanziari dell'Unione l'utilizzo dei fondi strutturali di cui si è parlato nel paragrafo dedicato agli interventi della Commissione. Se uno Stato, ed in particolare l'Italia, per far fronte all'emergenza in atto, utilizza i fondi strutturali con la flessibilità concessa dalla Commissione in questa fase, certamente entra in contatto con gli interessi finanziari euro unitari o unionali, comunque li si voglia definire.

Merita, poi, approfondimento la natura degli altri interventi.

Quanto al fondo SURE, dovrebbe trattarsi, a quanto si comprende, di un fondo extra bilancio ordinario, e costituto, per di più, con una dotazione per ottenere la quale la Commissione farà ricorso ai mercati internazionali, elementi che potrebbero, a prima vista, farlo ritenere estraneo agli interessi finanziari dell'Unione. Tuttavia, l'ampia definizione normativa del concetto, che comprende anche i bilanci, diversi da quello generale, "gestiti" da istituzioni comunitarie, probabilmente induce a giungere alla conclusione opposta, perché l'elemento discretivo per stabilire se uno strumento finanziario attenga agli interessi dell'Unione non è quello della fonte della provvista, ma della sua gestione, e nel caso del fondo SURE, non sembra esservi dubbio che la gestione spetta alla Commissione Europea. Si tratta, ovviamente, di una riflessione a prima lettura della normativa relativa a tali strumenti, e come tale va presa.

Per i prestiti della Banca Europea degli Investimenti, si possono compiere le seguenti considerazioni: la BEI non è, in realtà, in senso tecnico quella che può definirsi una "istituzione" dell'Unione, perché tali sono solo quelle indicate nell'elenco specifico di cui all'art. 13 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) come risultante dopo il Trattato di Lisbona.

Tuttavia, la definizione di "interessi finanziari" già ricordata fa anche riferimento ai bilanci "degli organi e degli organismi (dell'Unione) e i bilanci da essi gestiti e controllati"; la versione della direttiva PIF è ancora più esplicita nel riferirsi ad organi ed organismi "previsti dai Trattati dell'Unione".

E la BEI, pur senza essere una "istituzione", è un "organismo" previsto nei Trattati fin dal Trattato di Roma del 1957, costitutivo della Comunità Economica Europea, e menzionato tuttora negli art. 308 e 309 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione (TFUE), anch'esso nel contenuto successivo al Trattato di Lisbona.

Vi sono, quindi, rilevanti argomenti normativi per ritenere che i prestiti della BEI, anche quelli che potranno essere erogati in occasione dell'attuale emergenza, possano essere fatti rientrare nel concetto di interessi finanziari dell'Unione.

Più incerta la natura di altri interventi tra quelli indicati sopra.

L'accesso al MES, in particolare, sempre ammesso che esso avvenga.

Il MES, infatti, come già ricordato, nasce come organizzazione intergovernativa, e quindi composta dagli Stati Membri, sulla base di uno specifico trattato internazionale che non fa parte dei Trattati comunitari. Esso succede a due strumenti preesistenti istituiti nel 2010.

Tuttavia già nel 2011[15,] nella fase di transizione tra gli strumenti preesistenti e l'istituzione del MES, gli Stati decisero di modificare l'art. 136 del TFUE, inserendovi il comma 3, secondo il quale

"Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme.

La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità".

A partire da allora, il progressivo ulteriore inserimento del MES nell'*acquis* dell'Unione è stato poi ulteriore oggetto di discussione che è tuttora in corso.

Peraltro, come si ricava dalla lettura del preambolo del Trattato istitutivo del MES, sembrerebbe potersi dire che la suddetta modifica dell'art. 136 TFUE abbia ulteriormente legittimato l'istituzione del Meccanismo; inoltre la Corte di Giustizia dell'Unione europea e' competente a conoscere di qualsiasi controversia tra le parti contraenti o tra queste e il MES in connessione con l'interpretazione e l'applicazione del trattato (considerando 16) e la sorveglianza

[15] DECISIONE DEL CONSIGLIO EUROPEO del 25 marzo 2011 che modifica l'articolo 136 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro

post-programma sara' effettuata dalla Commissione europea e dal Consiglio dell'Unione europea nel quadro stabilito dagli articoli 121 e 136 del TFUE (considerando 17).

Questi elementi potrebbero indurre a farlo ritenere come un organismo dell'Unione.

Nell'art. 1 del Trattato istitutivo, però, il MES è dichiarato costituito dalle parti contraenti (cioè i singoli Stati) ed è definito come "istituzione finanziaria internazionale".

Nel quadro attuale, quindi, il MES resta un organismo che è oggi menzionato nei Trattati, ma istituito sulla base di un accordo internazionale tra gli Stati al di fuori del quadro giuridico dell'Unione. Esso resta, al momento, gestito dagli Stati attraverso un organo di direzione specifico. E' molto dubbio, quindi, se possa definirsi un organismo o organo "dell'Unione".

Il fatto che l'utilizzo (eventuale) delle sue linee di credito rientri nel concetto di "interessi finanziari dell'Unione" non è, quindi, così evidente.

Quanto agli interventi della BCE, non vi è alcun dubbio che la stessa sia oggi un'istituzione dell'Unione, prevista dai Trattati, sia perché oggi espressamente menzionata nell'elencazione delle "istituzioni" nel già menzionato art. 13 TUE, sia perché in tal senso si era espressa alcuni anni fa la stessa Corte di Giustizia nella decisione su una controversia con la Commissione Europea che riguardava la possibilità per l'Ufficio Europeo Antifrode (l'OLAF) di compiere indagini amministrative all'interno della Banca su condotte costituenti irregolarità ai danni degli interessi finanziari dell'Unione[16].

In tale sentenza la Corte di Giustizia ha affermato espressamente che:

"l'espressione «interessi finanziari della Comunità» che figura all'art. 280 CE (per inciso, la norma del Trattato anteriore alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona nel 2009) non si limita al solo bilancio della Comunità europea in senso stretto, ma riguarda altresì le risorse e le spese della BCE"; la Corte ricorda anche che la BCE, in quanto istituzione dell'Unione, contribuisce, con la sua azione, al perseguimento delle politiche dell'Unione, e non può quindi essere scissa da un obiettivo quale quello della tutela degli interessi finanziari di quest'ultima.

Tuttavia, va anche ricordato che questa causa aveva un oggetto molto specifico, attinente più al rapporto tra la BCE ed il controllo su di essa, o meglio sulle condotte del suo personale, all'interno dell'Unione, per prevenire frodi e corruzione interne, piuttosto che all'azione "esterna" della BCE per il perseguimento dei compiti che ad essa assegna il Trattato.

[16] CGUE, sentenza 10 luglio 2003 nella causa C-11/00, Commissione Europea c. BCE

In questo senso, il fatto che, come istituzione dell'Unione, la BCE, anche la BCE, debba essere soggetta ad alcuni principi interni dell'Unione, quale il fatto che, per prevenire frodi e tutelare le finanze comunitarie, essa possa essere soggetta alle indagini dell'OLAF, non esclude la sua indipendenza nelle azioni che essa compie nell'adempimento dei compiti di politica monetaria che il Trattato le affida.

4. Rilevanza della natura degli interventi: le indagini penali

L'ultimo aspetto che questo scritto intende ancora affrontare è la ragione per la quale è rilevante stabilire se alcuno degli interventi sopra citati rientri o meno nel concetto di "interessi finanziari dell'Unione".

Senza indugiare oltre, vale la pena scoprire subito le carte: la ragione consiste nell'individuazione dell'autorità competente a condurre indagini penali, qualora nella distribuzione ed utilizzo di alcuni di queste risorse vi fossero irregolarità o, a maggior ragione, reati.

Non va dimenticato, infatti, che tutti gli interventi sopra descritti permetteranno il riversarsi a favore del nostro Stato di ingenti quantità di denaro, tanto che questa situazione è già stata individuata come potenzialmente pericolosa per l'inserimento nei canali distributivi della criminalità organizzata[17].

Non si può escludere, infatti, nei meccanismi di distribuzione di alcuni degli aiuti sopra descritti, il rischio di frodi, di corruzione, sia nelle gare d'appalto che dovessero svolgersi per individuare i destinatari delle risorse, ma anche al di fuori di procedure di appalto.

Anche in materia di frodi iva si è segnalato il rischio che esse aumentino in questo periodo di crisi, e le aziende vi si ritrovino coinvolte[18].

Stabilire se tali eventuali reati siano in danno o meno degli interessi finanziari dell'Unione diventa oggi essenziale perchè, come già noto a molti, per le indagini su tali illeciti è stato istituito

[17]Basta leggere, al riguardo, le dichiarazioni rilasciate dallo stesso procuratore nazionale antimafia; tra gli articoli: https://www.corriere.it/video-articoli/2020/04/02/procuratore-nazionale-antimafia-de-raho-clan-hanno-necessita-collocare-soldi-liquidi-ecco-come-si-approfitteranno-crisi/32d5de54-74c3-11ea-b9c4-182209d6cca4.shtml ; https://www.lastampa.it/topnews/primo-piano/2020/04/12/news/coronavirus-de-raho-fondi-alle-imprese-tracciati-contro-il-rischio-infiltrazioni-1.38708801

[18] LATINI, *L'emergenza Coronavirus aumenta il rischio di frodi IVA: come evitarle*, in https://www.ipsoa.it/documents/fisco/iva/quotidiano/2020/04/16/

un apposito ufficio inquirente penale, ma di natura europea, la Procura Europea appunto (denominata anche EPPO, acronimo dell'espressione inglese European Public Prosecutor Office)[19].

Lo stesso, salvi ritardi dell'ultimo momento, dovrebbe essere operativo già il prossimo anno, ed avrà un impatto notevole sul sistema interno delle indagini penali.

Come afferma l'art. 4 del regolamento istitutivo

L'EPPO è competente per individuare, perseguire e portare in giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione previsti dalla direttiva (UE) 2017/1371 e stabiliti dal presente regolamento, e i loro complici. A tale proposito l'EPPO svolge indagini, esercita l'azione penale ed esplica le funzioni di pubblico ministero dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri fino alla pronuncia del provvedimento definitivo.

Come si vede, in virtù di tale norma, che in quanto contenuta in un regolamento, è già parte del nostro sistema interno, l'EPPO sarà competente proprio a condurre indagini penali sui reati contro gli interessi finanziari dell'Unione. La disposizione non contiene una definizione di "interessi finanziari dell'Unione", né individua le fattispecie di reato, ma compie un rinvio allo strumento già citato in apertura di questo articolo, la c.d. Direttiva PIF, che individua le fattispecie rilevanti (frode in appalti, frode al di fuori di gare d'appalto, frodi iva – con alcuni limiti quantitativi -, corruzione, riciclaggio, appropriazione indebita e peculato).

Il regolamento EPPO, in quanto tale, non ha bisogno di essere recepito nel sistema interno. Tuttavia, considerato il notevolissimo impatto dello stesso sotto più profili, non solo processual penalistici, ma anche ordinamentali, è necessario un intervento di adeguamento dei sistemi di ogni Stato alla nuova figura.

La legge 4 ottobre 2019, n. 117, già citata, si occupa anche di questo aspetto, ed ha dettato alcune linee di delega al Governo per l'adozione di decreti delegati, su cui il Ministero della Giustizia ha lavorato in questi mesi.

Non è questa la sede per un'analisi approfondita di questi problemi, ma ai fini di questo testo un concetto si vuole esplicitare: qualora si dovessero verificare delle condotte illecite di natura penale nella gestione dei fondi derivanti dagli strumenti sopra descritti, si porrà il problema dell'individuazione dell'autorità competente ad indagare, tra autorità giudiziaria nazionale (qualora

[19] Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»)

non siano coinvolti gli interessi finanziari dell'Unione) ed EPPO (qualora, invece, tali interessi siano coinvolti).

Inoltre, un simile problema si potrebbe porre anche qualora vi fosse la certezza della lesione degli interessi dell'UE, poiché l'EPPO non avrà competenza esclusiva ad indagare tali reati, ma, a determinate condizioni, essi potranno restare di competenza dell'autorità giudiziaria nazionale.

Gli articoli da 22 a 28 del regolamento EPPO dettano i criteri per risolvere i problemi che potrebbero porsi in queste situazioni.

E', per contro, certo che se gli interessi della UE non vengono in rilievo, non vi sarà alcuna competenza dell'EPPO.

Tutto questo comporta nuove sfide per i pubblici ministeri, ma anche per i giudici, italiani.

La più evidente è l'essere pienamente informati sulla natura degli interventi posti in essere dall'Unione per sapere distinguere se essi coinvolgono gli interessi finanziari della stessa o meno, perché un domani – non più così lontano – i magistrati italiani potrebbero trovarsi in conflitto con l'EPPO, e, ovviamente, sarebbe necessario che, se l'autorità nazionale rivendicasse o negasse la propria competenza a trattare un'indagine, lo facesse a ragion veduta, conoscendo il quadro giuridico retrostante alla misura finanziaria nell'ambito della quale si è verificato l'asserito reato.

Non si tratta di diventare tutti economisti, come spero si sia compreso, ma semplicemente di essere al corrente di quanto avviene intorno a noi, magari anche al di fuori dei tradizionali confini del lavoro quotidiano e dello stesso nostro Paese, anche se si tratta di temi apparentemente assai distanti da quelli ricorrenti nell'attività giudiziaria. Oggi, infatti, come si è cercato di illustrare, essi possono diventare temi assai vicini ad un magistrato nazionale, più ancora di quanto lo sono stati fino ad oggi, anche per chi ha già avuto l'occasione di confrontarsi con procedimenti per reati attinenti agli interessi finanziari dell'Unione.

Gli sviluppi di questi ultimi mesi, con l'irrompere sulla scena di una grande quantità di misure finanziarie europee, unitamente all'introduzione dell'EPPO, costringono, quindi, in un certo senso i magistrati, anche italiani, ad entrare in una dimensione più ampia di quella abituale, e potrebbero rappresentare la motivazione per molti di loro per accostarsi ed approfondire la conoscenza di un mondo, quello delle istituzioni europee, spesso ancora troppo sconosciuto anche all'interno di categorie professionalmente qualificate, come la nostra.

Può essere un motivo di interesse, per chi lo saprà cogliere, in uno scenario drammatico.

Sara Amerio e Anna Sergi

La mafia ai tempi del COVID-19: espansione o contrazione degli "affari"?

A coloro i quali si occupano, a vario titolo, di crimine organizzato, la lunga pausa necessitata dal confinamento cagionato della pandemia ha consentito di svolgere alcune riflessioni in ordine al ruolo della criminalità organizzata, soprattutto quella di stampo mafioso, in un momento di emergenza sociale ed economica.

Ebbene, a primo acchito verrebbe da dire che le mafie, proprio in virtù della loro straordinaria capacità di adattamento e rigenerazione sperimentata negli anni nei più svariati ambiti dell'illecito e del lecito, potrebbero trarre grande giovamento dalla presente situazione[1]. E così sicuramente è. Eppure, un interprete attento deve necessariamente andare oltre e verificare in quali ambiti ciò possa accadere e se vi siano, al contrario, contraccolpi che anche le stesse organizzazioni potrebbero subire[2].

Al fine di svolgere un'analisi specifica, è utile intanto premettere come la pandemia da coronavirus abbia delle somiglianze evidenti con eventi passati, quali crisi finanziarie, emergenze causate da catastrofi naturali, conflitti e rapidi cambiamenti geopolitici. Questa premessa ci aiuta a comprendere alcuni dei cambiamenti repentini di questi ultimi tempi e a prevedere che impatto potranno avere su diversi aspetti di società, economia e politica.

Un dato interessante che è opportuno riprendere in questa sede è la generalizzata flessione di alcuni reati commessi nel mese di marzo 2020 se comparati allo stesso periodo nel 2019[3]. A causa delle misure restrittive durante la pandemia, infatti, il numero totale dei reati commessi è nettamente diminuito (da 146.762 commessi nel 2019 a 52.596 delitti nel 2020[4]) con una media del -64.2% totale, con particolare riguardo ai reati predatori (rapine -54%; furti -67%)[5].

---

[1] Tale rischio è stato sentito dallo stesso Ministero dell'Interno Luciana Lamorgese che, in una recente direttiva ai Prefetti, datata 11.04.2020 ha sottolineato: *"alle difficoltà delle imprese e del mondo del lavoro potrebbero accompagnarsi gravi tensioni a cui possono fare eco, da un lato, la recrudescenza di tipologie di delittuosità comune e il manifestarsi di focolai di espressione estremistica, dall'altro, il rischio che nelle pieghe dei nuovi bisogni si annidino perniciose opportunità per le organizzazioni criminali".*

[2] Anita Lavorgna, Anna Sergi, Types of organised crime in Italy. The multifaceted spectrum of Italian criminal associations and their different attitudes in the financial crisis and in the use of Internet technologies, International Journal of Law, Crime and Justice, Volume 42, Numero 1, 2014, pagine 16-32.

[3] Si veda per una lista esaustiva la pagina web del Ministero dell'Interno, dedicata al Numero reati commessi in Italia nel periodo dal 1 al 22 marzo 2019 e 2020. (Dati di fonte SDI/SSD non consolidati, estratti in data 23.03.2020) - https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/reati_commessi_marzo_2019_2020_italia.pdf

[4] Dati tratti dal report sulla delittuosità in Italia elaborato dalla Direzione centrale della polizia criminale del Dipartimento della pubblica sicurezza.

[5] https://www.interno.gov.it/it/notizie/emergenza-coronavirus-ridotti-spostamenti-netto-calo-i-reati

Sicuramente, la pandemia modificherà (come ha già in parte fatto) i traffici illeciti, come la cronaca giornalistica ha già avuto modo di evidenziare[6], ma appare opportuno verificare la causa di tali cambiamenti in tempo reale, ossia mentre la crisi da Covid-19 evolve; ciò probabilmente consentirà di valutare gli sviluppi di tali nuove dinamiche allorquando la crisi sarà superata.

Intanto, è necessario muovere da una delle caratteristiche "principe" del crimine organizzato, ossia il controllo del territorio. La mafia è tale intanto perché si avvale della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti. Tale controllo, in epoca di confinamento e *lockdown*, necessita di forme alternative, che consentano di mantenere la propria visibilità, rafforzando il prestigio e l'autorità, anche in assenza di presenza fisica. Ciò può avvenire mediante svariate modalità: dall'ideazione di un "lasciapassare" che consenta di evitare i controlli delle Forze dell'ordine e che permetta di far sentire la costante presenza, al prestare aiuto (economico, sanitario ed alimentare) ai più bisognoso, tornando al quartiere, ideale luogo di estrinsecazione dell'egemonia mafiosa della *ndrina*, alla sostituzione (a volte addirittura a seguito di specifica richiesta) dello Stato con una *governance* alternativa per garantire la verifica del rispetto delle rigide prescrizioni legate al distanziamento sociale[7].

Ma ancora, le mutate condizioni sociali divengono mutate condizioni economiche che necessariamente ridisegnano gli ambiti dell'illecito, incidendo in maniera determinante nella commissione di alcune fattispecie di reato anziché altre (si pensi agli investimenti nella sanità, alle frodi societarie, alle frodi relative ai sussidi alimentari e ovviamente la corruzione)[8].

Si aprono, poi, nuovi ed inquietanti scenari legati ad altre opportunità di sviluppo criminale[9], quali le frodi informatiche[10] o a nuove modalità di distribuzione, all'ingrosso ed al dettaglio, di sostanze stupefacenti[11]. Le vincolanti e restrittive limitazioni agli spostamenti fisici devono necessariamente essere arginate e superate, al fine di evitare una paralisi dei traffici illeciti.

---

[6] https://www.occrp.org/en/37-ccblog/ccblog/11905-cocaine-corona-how-the-pandemic-is-squeezing-italian-crime-groups

[7] https://www.occrp.org/en/daily/11930-organized-crime-enforcing-quarantine-in-brazilian-favelas

[8] https://www.forbes.com/sites/richardbehar/2020/03/27/organized-crime-in-the-time-of-corona/#24fcb326150d

[9] https://www.rusi.org/commentary/how-covid-19-changing-organised-crime-threat

[10] https://globalinitiative.net/crime-contagion-impact-covid-crime

[11] https://theconversation.com/how-coronavirus-is-changing-the-market-for-illegal-drugs-134753

Da un punto di vista criminologico, è tuttavia metodologicamente errato chiedersi come le mafie possano avvantaggiarsi della pandemia, in quanto ciò presupporrebbe un'omogeneità nel concetto di "crimine organizzato" o "mafia" che non esiste, neppure a livello normativo[12].

Soprattutto in ambito internazionale, si compie spesso un errore logico[13]: sovrapporre al concetto di criminalità organizzata qualsiasi forma di criminalità grave o complessa (compresi i crimini informatici, i crimini economici, i crimini dei colletti bianchi, la corruzione, la collusione) soltanto perché si considera che ogni reato "grave" debba essere in qualche modo anche "organizzato"[14]. Ora più che mai, questa falla logica può generare fraintendimenti concettuali e frustrare ogni tentativo di effettuare un'analisi profonda, a livello sociologico, di pervenire ad arresti giurisprudenziali.

L'esperienza, anche quella giudiziaria, insegna come le associazioni per delinquere operino in vari ambiti, dell'illecito e del lecito, e sono volte alla commissione di diversi reati fine, in diversi contesti[15].

Da questa complessità deriva la difficoltà di operare una previsione in ordine ai possibili comportamenti che riguardano le diverse strutture e attività del crimine organizzato. La fine dell'emergenza pandemica – auspicata al più presto – darà conto di quanto si può ora soltanto tentare di ipotizzare, alla luce di simili, ma non totalmente sovrapponibili, esperienze passate.

Le strutture del crimine organizzato: la *governance* territoriale e il controllo sociale

Come sopra anticipato, la vera forza delle organizzazioni per delinquere di stampo mafioso è data dal capitale sociale, dalla reputazione, dalla sovranità territoriale.

[12] Klaus von Lampe, Organized Crime. Analyzing Illegal Activities, Criminal Structures, and Extra-legal Governance, 2016, Sage

[13] Anita Lavorgna, Anna Sergi, Serious, therefore Organised? A Critique of the Emerging "Cyber-Organised Crime" Rhetoric in the United Kingdom, International Journal of Cyber Criminolog, Volume 10, 2016 http://www.cybercrimejournal.com/Lavorgna&Sergivol10issue2IJCC2016.pdf

[14] Anna Sergi, From Mafia to Organised Crime. Policing Models against Organised Crime, 2017, Palgrave

[15] Ibid.

La riduzione (a volte l'azzeramento) della libertà di spostamento incide negativamente su individui e strutture, in ambito locale ed in ambito affaristico.

Ciò vale già per affiliati alle organizzazioni mafiose di tipo tradizionale, colpiti da misure cautelari, qualora scelgano di sottrarsi all'esecuzione rendendosi così latitanti. Costoro beneficiano di importanti risorse economiche, personali, famigliari ed ambientali, che consentono loro di trascorrere lunghi periodi nascondendosi nelle montagne o in bunker costruiti nelle loro stesse abitazioni; sono individui abituati a dirigere le attività del clan mentre sono in isolamento, un isolamento molto più penetrante di quanto non sia quello inflitto nella situazione presente[16].

In tali circostanze, quindi, dal punto di vista del comando, nulla muta particolarmente, salvo la maggiore difficoltà del mantenimento della segretezza del nascondiglio, in circostanze di solitudine desolante nelle strade.

Diverso è il caso di alcune gang sudamericane, quali quelle che operano nelle favelas di Rio de Janeiro[17], in grado di usare armi, violenza e intimidazioni per imporre controllo e ordine sociale. Ebbene, in tale contesto, questi gruppi si sono ritrovati addirittura ad esercitare un controllo di tipo statuale, quello di mantenimento dell'ordine pubblico, esercitato fino a prima dello scoppio della pandemia dal potere costituito. Forti del loro riconoscimento sociale da parte dei cittadini, potrebbero usare la propria capacità di intimidazione e di controllo sociale per imporre l'isolamento alle loro comunità di riferimento o per procurarsi trattamenti privilegiati, rispetto ad altri nella loro comunità, in caso di limitata distribuzione certi beni o servizi (come ad esempio accesso al cibo, ai servizi sanitari, agli strumenti di protezione). Ciò costituirebbe da un lato una vera e propria resa dello Stato, piegato dalla crisi sanitaria e consentirebbe un processo di istituzionalizzazione della criminalità organizzata elevandola al rango di controllore, appaltando ad una *governance* alternativa la gestione dell'ordine pubblico e del rispetto del *lockdown*; dall'altro, il controllo del territorio verrebbe assicurato mediante la distribuzione di generi alimentari "porta a porta", consentendo quella visibilità che è a tutti gli altri negata, accrescendo il prestigio criminale in maniera smisurata, proprio nella misura in cui si interviene sui bisogni essenziali, quali quelli alimentari, nonché

[16] Enzo Ciconte, 'Ndrangheta, 2011, Rubbettino; Anna Sergi, Anita Lavorgna, 'Ndrangheta. The Glocal Dimensions of Italy's Most Powerful Mafia, 2016, Palgrave

[17] https://www.ft.com/content/aaef1591-2fc5-4e6f-ab84-0e83b5a146ca

rendendo i beneficiari eternamente riconoscimenti nei confronti di coloro i quali li hanno sfamati[18]. Ciò vale in egual modo anche alle nostre latitudini, quando, di fronte alla sofferenza ed alla mancanza di alternative esistenziali, si propone ai cittadini più bisognosi la possibilità di accedere a finanziamenti e prestiti particolarmente vantaggiosi[19]. Questa è solo la prima immagine, quella caritatevole, della criminalità organizzata. Ma questa è anche la più classica delle leve dell'usura[20], con prestiti non tracciati di capitali illeciti che vengono così anche riciclati, quando non addirittura dell'ingresso (a volte in modo formale, a volte in modo occulto) all'interno di un'azienda o di una compagine societaria[21]. Senza tralasciare gli aspetti psicologici di sudditanza nei confronti dei soggetti che, in uno stato di profondo bisogno, sono gli unici che sono stati presenti e pronti a aiutare chi non riusciva a provvedere diversamente alle proprie esigenze di vita.

Tale aspetto, ad avviso di chi scrive, emerge in misura ancora più evidente in ambito sanitario. Dati giudiziali già oggi ci consentono di dire come una delle forme di rappresentazione all'esterno della forza di un'associazione per delinquere passi anche dal favorire visite mediche, magari evitando il pagamento del ticket o anche solo evitando di sottoporsi ad estenuanti prenotazioni di visite che verranno effettuate – rispettando il rigoroso criterio cronologico – a distanza di mesi. Ma appare ancora più indicativo quando, in una situazione di pandemia imprevista ed in qualche misura imprevedibile in questi termini, ci si ritrovi in carenza di posti nelle terapie intensive, quando è l'operatore sanitario a dover effettuare una scelta su chi sia il soggetto che possa ambire al ventilatore polmonare, unico strumento idoneo a garantire la sopravvivenza del soggetto.

[18] Peraltro, le tempistiche sono nettamente inferiori, non dovendo sottostare ai lacci della burocrazia che impongono, giocoforza, tempi per l'erogazione di sussidi.

[19] Spesso come unica possibilità, in assenza di garanzia da prestare agli istituti di credito, in mancanza delle quali non accendono alcuna linea di credito.

[20] Anche su tale tema si è espressa la citata direttiva del Ministero dell'Interno: *"si tratta, in buona sostanza, di un'azione che va svolta uniformemente sul territorio nazionale, al fine di contenere la diffusione di quei fenomeni criminali che costituiscono una grave minaccia agli equilibri di mercato di beni e servizi e al rispetto delle ordinarie regole di concorrenza. Ciò ricomprende anche la salvaguardia dell'accesso al credito legale da parte degli operatori economici e delle famiglie, indispensabile premessa per un'effettiva libertà di esercizio e ripresa dell'attività economica, costituzionalmente tutelata, oltre che fattore di prevenzione dell'odioso – e in questo scenario vieppiù pervasivo - fenomeno dell'usura. I fenomeni di disagio correlati a possibili difficoltà della ripresa economica e produttiva possono determinare l'insorgere di condizioni favorevoli per un'espansione degli interessi illeciti e criminali. Tale rischio riguarda innanzitutto quelle realtà caratterizzate da un minor sviluppo e da già elevati livelli di disoccupazione, in cui un possibile aggravamento della situazione economica rischia di comportare il ricorso a forme di "sostegno" da parte delle organizzazioni criminali, che in tal modo mirano anche ad accrescere il consenso nei loro confronti. Peraltro, anche nei contesti economicamente più progrediti, la carenza di liquidità può rappresentare un'ulteriore occasione per l'ingresso di capitali di provenienza illecita nei settori produttivi e nell'economia legale".*

[21] Con quel fenomeno del *dumping* che distrugge la concorrenza leale ed il libero mercato e, in ultima analisi, la democrazia.

Ebbene, un controllo territoriale di un nosocomio potrebbe spingersi fino ad incidere in queste delicatissime scelte, operate dai sanitari secondo linee guida e sotto il peso lancinante della propria coscienza; se a tali sacrali strumenti orientativi dovesse sostituirsi il controllo delle mafie, per sua natura clientelare, si giungerebbe alla situazione per la quale essi sarebbero i decisori finali di chi ha diritto di rimanere in vita, creando un debito imperituro in capo al soggetto beneficiario, che è stato letteralmente salvato da morte certa. È facile comprendere come a fronte di ciò, si sia disposti a fare qualsiasi cosa in cambio e a come mai si potrà in alcun modo tradire il proprio salvatore (ad esempio rendendo dichiarazioni accusatorie nei suoi confronti). Essere l'arbitro della vita e della morte è la forma di forza più violenta e penetrante che si possa immaginare e pensare che questa forza possa essere nelle mani della criminalità organizzata deve spingere ad effettuare una riflessione più profonda e a favorire, invece, criteri di assistenza medica più trasparenti e accessibili.

Ci sono, poi, realtà, strutture, che non vengono minimamente intaccate dalla pandemia. Si pensi ad una famiglia di Cosa Nostra americana a New York City che detiene da decenni strumenti per influenzare il sindacato dei lavoratori portuali sulle banchine del porto nel New Jersey[22]. Questa non risentirà della particolare situazione socio-sanitaria, dal momento che il porto, nel complesso, continua a funzionare e così le relazioni dei portuali all'interno dell'economia del porto. Ma ciò vale anche per tutte quelle attività apparentemente lecite che operano nella filiera agro-alimentare. La raccolta stagionale dei prodotti della terra, effettuata da immigrati irregolari sfruttati e costretti a lavorare in condizioni di schiavitù, continua incessantemente, non avendo il comporto – allo stato – subito alcuna contrazione di tipo economico.

Le attività del crimine organizzato: lucri cessanti, danni emergenti e opportunità rinnovate

Come è noto, le associazioni per delinquere, che siano o meno di stampo mafioso, sono caratterizzate da una poliedricità di interessi in svariate attività criminali del più diverso tipo.

Al fianco delle attività più "tradizionali" quali il prestito ad usura, il traffico di sostanze stupefacenti, il traffico illecito di rifiuti e le estorsioni, con gli anni si sono affiancate attività

[22]https://www.justice.gov/usao-nj/pr/genovese-organized-crime-family-soldier-and-two-crime-family-associates-admit

apparentemente lecite, ottenute mediante il reimpiego di denaro proveniente, esso sì, da attività illecite o mediante l'inserimento nella compagine societaria, in forma occulta o palese, di soggetti legati alla criminalità organizzata. Tramite queste forme di aggressione all'economia lecita, vengono esercitate attività con modalità lecite o illecite. Queste ultime, in particolare in un periodo di pandemia, possono spaziare dalle frodi sanitarie, al commercio illecito di prodotti contraffatti (dalle mascherine sanitarie ai prodotti igienizzanti per le mani, ventilatori polmonari, equipaggiamenti di protezione[23] - prodotti in precedenza "anonimi" e ora diventati beni di lusso), al contrabbando.

Nell'ambito delle attività intrinsecamente illecite (e tra queste la regina incontrastata è senza dubbio il traffico internazionale di sostanze stupefacenti) le limitazioni alla produzione, la chiusura delle frontiere, la continuata applicazione di dazi volti a scoraggiare l'importazione da paesi esteri, non hanno molta incidenza.

L'esperienza giudiziaria insegna che la creatività dei grandi narcotrafficanti nell'inventare nuovi e sempre più sofisticati sistemi di occultamento idonei a consentire l'ingresso e l'elusione dei controlli delle Forze di Polizia non è seconda ad alcuno e solo sforzi immani possono riuscire a contrastarla, considerata la natura e la vastità dei commerci internazionali, soprattutto quelli via mare. La maggior parte degli importatori – i finanziatori del traffico di cocaina - ha contratti a rotazione (cd. *rolling contracts)*, con trafficanti e produttori[24].

Trattandosi di bene di consumo acquistato da soggetti da esso dipendenti, sarebbe troppo ottimistico pensare che la libertà nella circolazione delle persone possa coincidere con una riduzione della domanda. Peraltro, si rileva come attualmente l'indice di contagio nei paesi dell'America Latina (da dove proviene la maggior parte della produzione di sostanze stupefacenti, soprattutto per quanto attiene la cocaina) sia ancora piuttosto basso, circostanza questa che induce a ritenere che non possano esserci particolari rallentamenti nella produzione, considerando anche l'assoluta fungibilità dei soggetti impiegati e la facilità della loro sostituzione data da un forte bisogno di sostentamento in popolazioni con poche alternative di conduzione di una vita lecita.

Inoltre, allo stato, in Italia (così come in gran parte dei paesi esteri) non sono state adottate misure restrittive alla libera circolazione delle merci, avendo la sospensione del Trattato di

[23] https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2020/04/09/mascherine-turbata-gara-consip-un-arresto_931be2af-6a6c-471c-ad56-ccea2d49b2b6.html

[24] https://shoc.rusi.org/informer/between-devil-and-deep-blue-sea-organised-crime-and-port-security

Schengen inciso unicamente sulla libertà di movimento delle persone fisiche. Anzi, un rapporto di PortEconomics ha rivelato come il traffico di merci sui principali porti europei nel marzo 2020 sia in aumento[25].

Le rotte potrebbero subire delle momentanee modificazioni, ma è verosimile ritenere che la droga possa continuare a viaggiare occultata in container, transitando attraverso i porti e gli aeroporti, mescolata e nascosta nei traffici leciti di spedizioni di merci, potendo invece ritenersi che si possa verificare una contrazione dell'invio occultato sulla persona (negli abiti, nei bagagli o addirittura mediante ingestione) o un rallentamento nella distribuzione del prodotto una volta arrivato in porto e prima dello spaccio.

Gli spedizionieri, infatti, continueranno a monitorare l'andamento grazie a comunicazioni cifrate a distanza, strumenti questi invalsi nell'uso criminale già da molto tempo; sotto questo aspetto, quindi, la pandemia non troverà inesperte o impreparate le grandi *lobby* del narcotraffico internazionale di cocaina, incluse le mafie italiane, soprattutto la 'ndrangheta.

Una situazione diversa, invece, potrebbe verificarsi per quanto attiene alla produzione di metanfetamine o anfetamine[26], che ordinariamente si verifica in loco, evitando così i rischi collegati al trasporto. Se ciò incide, quindi, ovviamente sulla possibilità di mantenere il mercato in condizioni di stabilità (non subendo la produzione contrazioni data dalla limitazione dei movimenti), la difficoltà nel reperire durante la pandemia alcuni degli agenti chimici e farmacologici utilizzati per il confezionamento potrebbe rappresentare una difficoltà.

Al contrario di quello del narcotraffico, con particolare riferimento alla cocaina, un settore di elezione delle moderne mafie è sicuramente in profonda crisi: quello delle scommesse. L'interruzione forzata degli eventi sportivi non consente il mantenimento di un palinsesto da realizzare ad opera del bookmaker. Necessariamente, quindi, questo ambito, è costretto ad una stasi momentanea, con una riduzione del fatturato decisamente importante. Analogamente per tutti quegli ambiti, invece, più "tradizionali" delle imprese mafiose che svolgono attività lecite: dall'edilizia, pubblica e privata, al movimento terra, ai grandi appalti di lavori[27]. Anche in questo caso, sarà

[25] https://sustainableworldports.org/wp-content/uploads/WPSP-Port-Economic-Impact-Barometer-09-April-2020.pdf

[26]

[27] In questo senso, i timori del Governo sono incentrati sulla fase successiva al periodo di emergenza, ossia a quello della ripartenza*: "dovrà essere, quindi, sviluppata un'ampia azione di intelligence sul territorio che valorizzi, in primo luogo, le evidenze di natura info-investigativa e la capacità di analisi dei contesti e dei fenomeni criminali a cura*

interessante vedere come le mafie riusciranno a "cambiare pelle", riconvertendosi ad attività di tipo diverso a seconda che abbiano o meno la capacità e i contatti giusti per re-indirizzare i propri investimenti in mercati legali e criminali per loro nuovi.

Le attività della criminalità organizzata hanno successo a condizione che esistano almeno due condizioni: denaro per (re) investire e una chiave per aprire la porta, dove la porta è un determinato mercato a cui si accede tramite plurime vie.

Si può pertanto pensare all'infiltrazione nel settore delle forniture medico-ospedaliere. La necessità di acquisto evidentemente in somma urgenza (a cagione dell'emergenza pandemica e con l'obiettivo di garantire rapidità ed efficienza) di una serie di attrezzature (quali, sopra tutti, i ventilatori polmonari) potrebbe consentire il reingresso ad imprese mafiose in settori dai quali erano state escluse grazie ai pervasivi controlli prefettizi, ampliati negli anni grazie ad una legislazione sempre più attenta ad evitare assegnazioni di appalti pubblici (anche di forniture) a soggetti legati a vario titolo alla criminalità organizzata.

Ancora, settore elettivo per antonomasia delle mafie è l'estorsione. In un periodo di profonda crisi economica ci si interroga sulla fattibilità pratica di avanzare richieste di pagamento in cambio di (allo stato) inutili protezioni e guardiane. Con molte attività commerciali ed imprenditoriali chiuse o comunque inattive, diventa difficile poter immaginare nuove modalità per avanzare la richiesta illecita (il negozio sarà chiuso, sul cantiere non si troveranno operai), ma ancora più arduo è pensare che vi siano soggetti imprenditoriali in grado di poter aderire alle richieste avanzate (che siano esse, di danaro, di assunzione, di forniture forzose o di conferimento di un subappalto, quali sono le ordinarie modalità attraverso cui l'esperienza giudiziaria ci ha abituati a riconoscere una fattispecie estorsiva). Il desiderio di non arrestare i propri traffici potrebbe condurre la criminalità

delle Forze di polizia territoriali, con l'obiettivo di assicurare che la ripresa delle attività avvenga secondo imprescindibili coordinate di legalità. In questo senso, le SS.LL. dovranno procedere con particolare cura all'attività informativa preordinata a prevenire le infiltrazioni della criminalità organizzata, attraverso un'attenta ed accurata valutazione di tutti i possibili indicatori di rischio di condizionamento dei processi decisionali pubblici funzionali all'assegnazione degli appalti – omissis - tuttavia, poiché le deroghe consentite dalla normativa emergenziale all'utilizzo delle risorse ed erogazioni pubbliche possono alimentare il rischio di infiltrazioni criminali nei circuiti legali, è necessaria una puntuale promozione ed attuazione delle disposizioni volte alla semplificazione amministrativa dei rapporti tra amministrazioni ed imprese, ma per il regolare svolgimento delle dinamiche imprenditoriali a vantaggio della sana ripresa dell'economia risulta, altresì, fondamentale l'azione di prevenzione e contrasto dei tentativi della criminalità organizzata di penetrare il tessuto produttivo (Direttiva Ministero dell'Interno, cit.).

organizzata ad assumere, quantomeno di facciata, un comportamento paritario con l'estorto, non facendolo sentire vessato, ma trattandolo apparentemente come "socio d'affari". Questa modalità, che è stata ad esempio già vista in passato e non solo in Italia – ricordiamo come la mafia italo-americana fosse solita prestare capitali a usura agli stessi operatori economici sotto estorsione qualora fallissero – consentirebbe, appunto, di ottenere in un secondo momento la titolarità dell'impresa "strozzata", anziché un corrispettivo immediato, ma di valore necessariamente intrinsecamente inferiore.

Il contesto

Non possiamo ancora dire come sarà il contesto – economico, sociale, politico – successivo alla pandemia e in che tipo di ambiente saranno presenti le strutture e le attività di criminalità organizzata.

Non possiamo altresì prevedere le modalità di arricchimento o di impoverimento delle strutture e delle attività criminali nelle successive fasi che ci aspettano nella lotta al Covid-19.

Studi criminologici, politologici ed economici sicuramente indicano che la criminalità organizzata sa sfruttare le opportunità, ma quando, con che modalità, a che prezzo e danno sociale, lo si dovrà osservare nei diversi contesti.[28]

Si dovrebbe per esempio tenere sotto osservazione l'impatto che la pandemia avrà sulla salute mentale di individui e famiglie: se le fragilità individuali, acuite dal confinamento forzato, peggioreranno, sì da far incrementare anche il consumo di sostanze stupefacenti, ciò potrebbe portare – come si è già paventato in altri Stati, per esempio nel Regno Unito[29] - alla produzione di nuove tipologie di sostanze, qualora alcune di quelle tradizionali non fossero più disponibili prontamente sul mercato.

Inoltre, se il blocco alle attività si prolungasse, il sistema postale potrebbe diventare, anche in Italia come in USA e Canada[30], il canale privilegiato per recapitare gli stupefacenti a domicilio, cosa che renderebbe i controlli ancora più onerosi, visto l'utilizzo, per l'acquisto, di *app* criptate che facilitano questo tipo di mercato (*whatsapp* o *telegram*).

[28] https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/how-criminals-profit-covid-19-pandemic
[29] https://theconversation.com/how-coronavirus-is-changing-the-market-for-illegal-drugs-134753
[30] https://qz.com/1627572/drug-traffickers-favorite-way-to-move-fentanyl-is-fedex-and-usps/

Bisognerà altresì controllare e osservare, al fine di prevenire l'infiltrazione e la cannibalizzazione di società lecite e sane, quali gruppi criminali avranno abbastanza denaro da investire nel rilevare società e imprese in difficoltà come è avvenuto in precedenti crisi[31], magari utilizzando modalità finanziarie anche sofisticate, per evitare controlli e diminuire il rischio di essere intercettato dalle forze dell'ordine.

E ancora, qualora gli eventi sportivi non dovessero tornare alla normalità in un tempo sufficientemente ridotto da garantire una perdita derivante dai proventi delle scommesse illegali e del gioco d'azzardo tutto sommato contenuta[32], bisognerà tenere sotto osservazione i gruppi criminali in precedenza coinvolti, che potrebbero reinventarsi in altre attività illegali e pertanto cambiare mercati e relazioni tra attori già noti alle Autorità.

Si pone, in questa pandemia, un ulteriore problema sociale, ossia quello dell'incremento massiccio delle fila degli 'eserciti' mafiosi: terreno di elezione per il reclutamento potrebbe essere quello dei lavoratori in nero, che già attualmente vivono in una zona *border* che si colloca a metà strada tra i redditi leciti ed i redditi da attività prettamente criminali. La difficoltà (quando non l'impossibilità) di poter accedere a sistemi legali di sostegno al reddito (che prevedono una riduzione del fatturato rispetto al corrispondente periodo nell'anno antecedente) potrebbe condurre questi soggetti, spinti dall'indigenza e dalla necessità, a rivolgersi all'unico interlocutore rimasto, in assenza di un supporto statuale: la criminalità organizzata. Questo esercito di disperati si potrebbe così trasformare in un esercito costituito da futuri partner di attività criminose o, nella migliore delle ipotesi, da future vittime.[33]?

L'ordine sociale - come lo abbiamo finora conosciuto e a fatica mantenuto - potrebbe ulteriormente incrinarsi, al punto da spingere più soggetti ad accettare denaro provento di attività illecite e ad assumere comportamenti che sviano dal paradigma legale, che in condizioni ordinarie di sussistenza non avrebbero mai accettato.

Le associazioni per delinquere fortemente radicate nei loro territori, come le mafie, avranno una scelta da fare, che dipenderà dalla relazione che desidereranno creare con i consociati: proteggeranno[34] o sfrutteranno i contesti di riferimento? Le autorità proposte devono accettare

[31] http://www.toolkit-rischi-di-infiltrazione-mafiosa.assolombarda.it/file/report.pdf

[32] https://www.cnbc.com/2020/03/21/coronavirus-and-sports-what-gamblers-are-betting-on-in-the-void.html

[33] https://www.corriere.it/economia/aziende/20_marzo_23/coronavirus-provenzano-dovremo-aiutare-anche-chi-lavora-nero-754434ca-6d52-11ea-ba71-0c6303b9bf2d.shtml

[34] https://www.theguardian.com/world/2020/apr/10/mafia-distributes-food-to-italys-struggling-residents

questa sfida facendosi trovare pronte a studiare ogni realtà separatamente, con le proprie specificità locali, al fine di affrontarla e rispondervi efficacemente.

Queste osservazioni guideranno la ricerca sociale e criminologica, così come l'attività di indagine per i mesi a venire, nell'attesa che i contesti post-Covid-19 prendano finalmente forma. Per ora, dobbiamo ricordare che le strutture e le attività della criminalità organizzata si adatteranno al loro ambiente, alcuni gruppi e alcuni affari periranno, alcuni sopravvivranno, altri rinasceranno, altri saranno forse superati. La sfida dell'interprete, del decisore e dell'investigatore sta nel tentare di anticipare l'inevitabile mutazione, sì da comprenderla e colpirla nel suo divenire.

Cesare Parodi

Vivere il presente, progettare il futuro: nuove prospettive per denunce e querele.

SOMMARIO: 1. Premessa: partire dall'inizio. - 2. La standardizzazione della raccolta dei dati. - 3. Il concetto di identità digitale. - 4. Identità digitale e firma in ambito penale. - 5. La trasmissione telematica delle notizie di reato. - 6. Le alternative alla firma digitale e le prospettive de iure condendo.

1. Premessa: partire dall'inizio.

"*In fin dei conti, non temete i momenti difficili. Il meglio scaturisce da li*" ha scritto in tempi non sospetti Rita Levi Montalcini. Un pensiero espressivo di grande coraggio e di altrettanta lucidità, che è giusto provare a trasporre nelle tante piccole o grandi riflessioni che questo momento ci impone.

Approfittare del tempo e delle necessità non solo per trovare il modo di affrontare le difficoltà, ma per ripensare un intero sistema, con modifiche di ampio respiro o anche solo intervenendo su aspetti mirati, un passo alla volta. E ripensare il tutto tenendo conto che il futuro giuridico e tecnologico che ci aspetta potrà e dovrà essere espressivo di una maggiore efficienza, di un migliore utilizzo delle risorse, di un migliore impiego delle forze a disposizione in funzione non solo del "prodotto giustizia" finale, ma anche delle esigenze di sicurezza sanitaria degli utenti e degli operatori del settore. Tutti, indistintamente.

In questa prospettiva, potrebbe avere un senso una riflessione sui presupposti che determinano l'avvio di un procedimento penale. Se si escludono le notizie di reato della p.g., nell'assoluta maggioranza dei casi si tratta denuncie da parte di privati (art. 333 c.p.p.[1]) o di querela (art. 336 c.p.p.[2]).

Il particolare momento storico che ci troviamo a vivere impone di valutare se e quando debba essere assolutamente necessario che il soggetto che intende presentare una denuncia o una querela (ove non intenda avvalersi di un avvocato o un procuratore) debba recarsi personalmente in un ufficio di p.g. (un Commissariato, una Stazione CC, una sede della GdF piuttosto che l'ufficio della Polizia Municipale) o direttamente presso la Procura della Repubblica.

[1] Precisa l'art. 333 c.p.p.". *Ogni persona che ha notizia di un reato perseguibile di ufficio può farne denuncia. La legge determina i casi in cui la denuncia è obbligatoria. La denuncia è presentata oralmente o per iscritto, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, al pubblico ministero o a un ufficiale di polizia giudiziaria; se è presentata per iscritto, è sottoscritta dal denunciante o da un suo procuratore speciale…* ".

[2] In base all'art. 336 c.p.p. "*La querela è proposta mediante dichiarazioni nella quale, personalmente o mezzo di procuratore speciale, si manifesta la volontà che si proceda in ordina a un fatto previsto dalla legge come reato*".

Ci riferiamo, pertanto, allo sterminato numero di denunce e querele che rappresentano un dato statistico di assoluto rilievo, la cui trattazione *ab origine* virtuosa non può che riflettersi sull'andamento generale del settore. Il punto di partenza è chiaro: si tratta di capire se vi è modo di evitare - in periodi come questo certamente, in generale per altre ragioni - la presenza fisica del denunciante/querelante nei luoghi sopra indicati. Se la risposta fosse positiva, potrebbe valere la pena di capire in che termini - attualmente e in futuro - la presenza "fisica" del denunciante/querelante potrebbe essere evitata.

Esiste indubbiamente un'ulteriore fondamentale ragione - rispetto a quella sanitaria - per favorire in tutti i modi una modalità telematica di presentazione quantomeno delle denuncie e – ove possibile - delle querele: l'efficienza, un parametro di rango costituzionale – contemplato dall'art. 97 Cost. – che deve essere sempre e comunque perseguito dalla p.a., giustizia compresa. Vediamo come e perché, nel caso di specie.

2. La standardizzazione della raccolta dei dati.

Una doverosa premessa. La presentazione telematica delle denunce - anche ove formalmente possibile – non può sostituire totalmente il contatto "diretto" con la p.g.. In moltissimi casi tale contatto è assolutamente inevitabile, per ragioni investigative, umanitarie, organizzative o culturali.

Si pensi, nel primo caso, ad es. a una serie di ipotesi di reato in materia sessuale o di maltrattamenti, in cui solo la sensibilità e la professionalità dell'operatore di p.g. chiamato a raccogliere tempestivamente la denuncia devono essere considerati imprescindibili. In secondo luogo, molti denuncianti/persone offese necessitano di un rapporto diretto con l'autorità di p.g. non solo per esporre le proprie doglianze di natura penale, quanto anche esigenze relazionali, di conforto e di indirizzo per come affrontare, sotto vari aspetti, le conseguenze del patito reato: anziani e soggetti "deboli" prima di tutti.

In terzo luogo, non vi è dubbio che un significativa quota di popolazione - per mancanza di alfabetizzazione informatica e /o di strutturale o contingente indisponibilità di strumenti telematici - potrebbe non essere in grado di presentare una denuncia con tali mezzi.

Nondimeno, anche escludendo queste non irrilevanti categorie, la platea potenziale dei soggetti che - ove posti nella condizione - potrebbero optare per la denuncia telematica è vastissima. Non solo: la denuncia telematica può essere assai efficace ove diffusa per specifiche tipologie di reato, rispetto alle quali i temi da approfondire, le domande da porre, le alternative da chiarire, i dati

e le informazione da acquisire sono facilmente standardizzabili. In realtà forme di "raccolta" di dati e informazioni anche direttamente a opera della p.g. su base telematica, utilizzando moduli predeterminati in grado di "ribaltare" in banche dati specifiche le informazioni acquisite – modalità già sperimentate presso alcuni uffici - dovrebbero essere considerate quello che in termini medici è chiamato un "gold standard".

Si pensi, al proposito, a numerosi reati informatici (frode informatica ex art. 640 ter c.p., accesso abusivo ex art. 615 ter c.p.) o comunque commessi in rete (truffe on line, ex . 640 c.p., diffamazione telematica, ex art. 595 comma 3 c.p.); non solo: la standardizzazione delle indicazioni da raccogliere riguarda anche le truffe commesse per via "tradizionale", i furti in appartamento o negli esercizi commerciali, le stesse rapine - specie se non di particolare gravità. Tutti reati per i quali la possibilità di "raccolta" guidata in grado di interagire con i dati o di collegarsi a un sito istituzionale, rispondendo a una serie di domande mirate – anche su moduli a scelta multipla - funzionali ad essere con semplicità archiviate e quindi trasmesse alla competente Procure, con conseguente elaborazione dei dati e delle informazioni raccolte potrebbe consentire:

- una raccolta sistematicamente completa di dati e informazioni

- una possibilità di operare sui dati raccolti senza necessità di trasporli su altri supporti, potendo la copia informatica della denuncia sostituire (o, al più, affiancare) la trasmissione cartacea degli atti.

Modelli di approccio in tale senso rappresentano un futuro che incombe sul presente; modelli la cui capillare diffusione – specie se corredata da programmi di confronto e elaborazione dei dati adeguati – potrebbe fornire risultati positivi di entità sorprendente. E ciò senza scomodare il concetto di intelligenza artificiale, in quanto si tratterebbe solo in una possibilità di confronto su "masse" di dati e informazioni selezionati sulla base di criteri di ricerca condivisi più rapida ed efficace di quelle che potrebbe essere svolta "manualmente" da una squadra di p.g.

Inoltre, le presentazione telematica della denuncia o querela potrebbe essere ancora più tempestiva rispetto alla modalità di presentazione "ordinaria", potendo il denunciante operare dalla propria personale posizione – domestica o, ove consentito, di ufficio - in tal modo mettendo la p.g. nella condizione, potenzialmente, di integrare le indicazioni acquisite con interventi investigativi solleciti, mirati e specifici. In buona sostanza, non vi sono ragioni per non favorire, in astratto, una simile scelta; si tratta allora di capire in quali termini sia oggi possibile e in quali termini potrebbe –

con non troppe difficoltà - estesa a un maggior numero di soggetti, anche eventualmente a mezzo di interventi legislativi. [3]

3. Il concetto di identità digitale.

Esiste, nel sistema nazionale, una forma ufficiale di identificazione digitale ? E, in caso positivo, quando e come è utilizzabile?

In termini generali, in chiave penale, il concetto di " identità digitale" è stato previsto dal d.l. n. 93/2014 (convertito dalla l. n. 119/2014), il cui art. 9 rubricato "Frode informatica commessa con sostituzione di identità digitale" ha modificato l'art. 640 - ter c.p..[4]

Per altro, il concetto di identità digitale era già entrato nel sistema con il Codice dell'amministrazione digitale - d.lgs. 82/2005 - con l'art. 3 - bis. (Identità digitale e domicilio digitale) per il quale " *Chiunque ha il diritto di accedere ai servizi on - line offerti dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettere a) e b),*[5] *tramite la propria identità digitale. I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, i professionisti tenuti all'iscrizione in albi ed elenchi e i soggetti tenuti all'iscrizione nel registro delle imprese hanno l'obbligo di dotarsi di un domicilio digitale iscritto nell'elenco di cui agli articoli 6 - bis o 6 - ter."*

La firma digitale viene definita dall'art. 1, lett. s) del Codice dell'Amministrazione Digitale c.d. C.A.D. come "*un particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici*".[6]

[3] Una valutazione che si impone anche in chiave comparatistica, considerando che in Francia, Spagna e Inghilterra - come rilevabile dai siti istituzionali della forze di polizia - è prevista in vari casi (sebbene declinata in termini differenti) la facoltà di presentare denunce per via telematica attraverso piattaforme funzionali a raccogliere i dati e le informazioni specifiche per varie tipologie di reato.

[4] Tale norma ha inserito nell'art 640 ter c.p. un terzo comma, che stabilisce la pena della reclusione da due e sei anni e la multa da 600,00 euro a 3.000,00 euro nel caso in cui il fatto sia commesso mediante furto o indebito utilizzo dell'identità digitale in danno di uno o più soggetti.

[5] Le disposizioni del d.lgs. 82/2005 si applicano: a) alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto del riparto di competenza di cui all'articolo 117 della Costituzione, ivi comprese le autorità di sistema portuale, nonché alle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione; b) ai gestori di servizi pubblici, ivi comprese le società quotate, in relazione ai servizi di pubblico interesse;

[6] Sarebbe tuttavia erroneo limitare la tutela dell'identità digitale a quella tipizzata dal codice dell'amministrazione digitale. La indicazioni della S.C. consentono di ritenere che l'identità digitale debba essere intesa

A sua volta l'art. 64 (Sistema pubblico per la gestione delle identità digitali e modalità di accesso ai servizi erogati in rete dalle pubbliche amministrazioni) prevede (comma 2 bis e 2 ter) che "*Per favorire la diffusione di servizi in rete e agevolare l'accesso agli stessi da parte di cittadini e imprese, anche in mobilità, è istituito, a cura dell'Agenzia per l'Italia digitale, il sistema pubblico per la gestione dell'identità digitale di cittadini e imprese (SPID*)." Tale sistema "*è costituito come insieme aperto di soggetti pubblici e privati che, previo accreditamento da parte dell'AgID, …. identificano gli utenti per consentire loro l'accesso ai servizi in rete." Lo stesso articolo 64,* al comma 2 septies precisa che : "*un atto giuridico può essere posto in essere da un soggetto identificato mediante S.P.I.D., nell'ambito di un sistema informatico….. attraverso processi idonei a garantire, in maniera manifesta e inequivoca, l'acquisizione della sua volontà. Restano ferme le disposizioni concernenti il deposito degli atti e dei documenti in via telematica secondo la normativa anche regolamentare in materia di processo telematico*".

In concreto, lo SPID può essere ritenuto un particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche; lo stesso permette ai cittadini di accedere ai servizi online delle Pubbliche Amministrazioni e dei soggetti privati con un'unica Identità Digitale. L'identità SPID è rilasciata dai Gestori di Identità Digitale (Identity Provider), soggetti privati accreditati da AgID che, nel rispetto delle regole emesse dall'Agenzia, forniscono le identità digitali e gestiscono l'autenticazione degli utenti. È possibile richiedere l'identità SPID a qualsiasi gestore; questi, dopo aver verificato i dati del richiedente, emette l'identità digitale, rilasciando le credenziali.

Tutte le pubbliche amministrazioni devono rendere i propri servizi online accessibili tramite SPID per favorire e semplificare l'utilizzo dei servizi digitali da parte di tutti i cittadini. Anche i privati possono rendere i propri servizi online accessibili tramite SPID, al fine di favorire e semplificare l'utilizzo dei propri servizi digitali.[7]

Recentemente con la Determinazione n.157/2020 del 23 marzo 2020 – sono state emanate da Agid le Linee Guida per la sottoscrizione elettronica di documenti ai sensi dell'art. 20 del CAD. In questo modo, la firma con Spid avrà lo stesso valore giuridico di quella autografa, consentendo ai

- e tutelata - in senso lato, ossia in relazione alla manifestazioni in rete che risultano apparentemente riferibili a un soggetto individuato o individuabile.

[7] A seguito del completamento della procedura di notifica dello SPID, ultimato dall'Agenzia con la pubblicazione nella G.U.U.E, a decorrere dal 10 settembre 2019 l'identità digitale SPID può essere usata per l'accesso ai servizi in rete di tutte le pubbliche amministrazioni dell'Unione.

cittadini di sottoscrivere atti e contratti. Come precisato nel sito di AgID, www.agid.gov.it "*Con le Linee Guida , sarà possibile firmare atti e contratti attraverso SPID con lo stesso valore giuridico della firma autografa, soddisfacendo, così, il requisito della forma scritta e producendo gli effetti dell'art. 2702 del codice civile. I cittadini avranno così a disposizione anche un altro strumento digitale per sottoscrivere documenti con validità giuridica, oltre alla già esistente firma elettronica qualificata. Le nuove regole disciplinano le modalità con cui i fornitori di servizi online possono permettere agli utenti di sottoscrivere atti e contratti tramite la loro identità digitale. Il sistema può essere utilizzato sia dai fornitori di servizi privati sia dalle Pubbliche Amministrazioni e consente di sostituire la firma autografa nella quasi totalità dei casi."*

La domanda, a questo punto - come si sul dire - sorge spontanea. Cosa consente di fare, in sede civile e sopratutto penale, l'identità SPID?

In sede civile, come precisato dalla S.U. [8] , "*secondo i documenti ufficiali dell'Agenzia per l'Italia Digitale ... la firma digitale è il risultato di una procedura informatica - detta validazione - che garantisce l'autenticità e l'integrità di documenti informatici. Essa conferisce al documento informatico le peculiari caratteristiche di: a) autenticità (perché garantisce l'identità digitale del sottoscrittore del documento); b) integrità (perché assicura che il documento non sia stato modificato dopo la sottoscrizione); c) non ripudio (perché attribuisce validità legale al documento).*

Un riconoscimento, pertanto, di una triplice garanzia, che consente l'utilizzo di tale firma nell'ambito del processo civile telematico (c.d. PCT) di cui al d.P.R. 123/2001 e di ritenere, a buon diritto, la firma apposta con l'identità SPID strumento pienamente efficace in ambito civilistico.

4. Identità digitale e firma in ambito penale.

La conclusione sopra evidenziata per lo SPID nel settore civile non può essere automaticamente trasposta in sede penale, in relazione alla problematica qui affrontata, anche se gli esiti di una valutazione al riguardo potrebbero essere non dissimili.

[8] Cass., S.U. civ., n. 10266, 27/04/2018, CED 648132 - 02; per altro, già, Cass., Sez. II civ., n. 22871, 10/11/2015, CED 637862 - 01, aveva riconosciuto che alla firma digitale, in calce ad una sentenza, il requisito *ex* art. 132 della sottoscrizione da parte del giudice, in quanto "*permette sicuramente di ricondurre il provvedimento al giudice che l'ha apposta, unico titolare della detta firma. E ciò nonostante la mancanza dell'autografia, consentendo in ogni caso di perseguire la medesima ratio della firma autografa*."

Partiamo dal dato normativo: in base agli artt. 120 - 126 c.p. e 336 - 340 e 39 disp. att. c.p.p., la denuncia, per essere validamente presentata, deve essere sottoscritta dalla persona offesa, previa verifica dell'identità del sottoscrittore da parte di un pubblico ufficiale.

Per la querela, il valore dell'autentica della firma in calce alla stessa trova spiegazione nella necessità di garantire la provenienza sicura dell'atto e quindi la titolarità del diritto di sporgere querela. Sul punto, sono intervenute le S.U. precisando che la mancata identificazione del soggetto che presenta la querela non determina l'invalidità dell'atto allorché ne risulti accertata la sicura provenienza.[9] Anche in tempi recenti la S.C. ha ribadito il concetto: "*La mancata identificazione, da parte dell'autorità ricevente, del soggetto che presenta la querela non determina l'invalidità dell'atto allorché ne risulti comunque accertata la sicura provenienza."* [10]

Ora: ove si consideri che le formalità delle querela, riflettendosi sulla procedibilità, non possono che essere più rigorose di quelle delle denunce - che non rilevano sotto tale aspetto - si può ritenere che la querela e *a fortiori* la denuncia si possono ritenere validamente presentate a fronte dell'accertamento della sicura provenienza delle stesse.

Conseguentemente, se in sede civile le S.U. hanno riconosciuto al documento informatico corredato da firma digitale SPID caratteristiche di autenticità, integrità e non ripudio, non parrebbe semplice escludere l'idoneità di tale firma a garantire quella "provenienza sicura" richiesta - in sede penale - per la validità della querela e a maggior ragione per le denunce.

In realtà, la prospettiva deve essere molto più ampia. In questo senso l'art. 20, comma 1 bis, del C.A.D. precisa: "*Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle*

[9] Cass., S.U., *n.* 26268, 28/03/2013, CED 255584 - 01
[10] Cass., Sez. *IV* , *n.* 5446, 23/01/2019, CED 274979 - 01

caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida."[11]

Pertanto, se una querela/denuncia trasmessa telematicamente priva di firma digitale SPID o nei termini descritti dal citato art. 20 bis C.A.D. potrebbe non essere considerata validamente presentata, si potrebbe – o forse si dovrebbe – giungere a conclusioni opposte nel caso di querela/denuncia "autenticata" con tali modalità. Non è pensabile che il sistema – nel suo insieme - possa in questa senso accettare "modelli" di autenticità differenti.

Ciò anche considerando, in termini generali, un processo irreversibile di digitalizzazione del sistema penale; da un lato si consideri ad es. l'art. 16, comma 4, D.L. n. 179 del 2012 ed alla legge n. 228 del 2012, che prevede l'utilizzo dello strumento PEC per l'invio di "*notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli art. 148, comma 2 bis, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale. La relata di notificazione è redatta in forma automatica dal sistema informatico in dotazione alla cancelleria*".

D'altro canto un preciso segnale in tale senso è venuto anche dall' introduzione di una serie di sistemi quali il Sistema Informatico per la Cognizione Penale (SICP), il Sistema Integrato Esecuzione e Sorveglianza (SIES), il Sistema Informativo dell'Amministrazione (SIAMM), il Sistema Informatico Prefetture e Procure d'Italia (SIPPI).

Infine, ovviamente, un segnale univoco in funzione della digitalizzazione è giunto proprio dai numerosi provvedimenti recentemente emanati alla luce dell'emergenza Coronavirus, finalizzati non solo a limitare assembramenti di qualsiasi genere – limitando in termini stringenti il numero di udienza da celebrare e promuovendo in varie forme al celebrazione delle stesse con strumenti telematici, a mezzo di videoconferenza - ma anche a promuovere il lavoro agile.

Nell'ambito di una condivisibile logica generale diretta a tutelare non solo la salute dei cittadini, ma anche quella del personale amministravo e di p.g., limitando i contatti personali all'essenziale, stridente sarebbe un'esclusione aprioristica della firma digitale SPID quale strumento di identificazione certa. Si tratta, molto semplicemente, di una soluzione tecnologica idonea a garantire l'autenticità della provenienza di querele (e denunce), già conosciuta dal sistema giuridico e comunque perfettamente compatibile con lo stesso.

[11] Su questi temi in generale G. Dominjanni, "*Validità dei provvedimenti firmati digitalmente, la loro utilizzabilità e conservazione nel fascicolo processuale cartaceo*", www.magistraturaindipendente.it, 2020.

5. La trasmissione telematica delle notizie di reato.

Resta da considerare un aspetto, correlato alle modalità di trasmissione telematica delle notizie di reato. In sostanza, nell'ottica di ottimizzare il sistema sul piano qualitativo (con le compilazione diretta per via telematica di una serie di denuncie da parte degli utenti e l'immediata trasmissione delle stessa, quantomeno laddove identificabili a mezzo di firma digitale SPID), quantitivo (con un minore impegno diretto da parte degli u.p.g.) nonché sul piano della sicurezza sanitaria (con la drastica riduzione dei contatti interpersonali) potrebbe essere di grande rilievo dare corso in concreto a una sistematica trasmissione telematica delle notizie di reato e delle denunce dalla "fonte" alla destinazione finale (la Procura della Repubblica).

Il dato normativo è chiaro. In base all'art. 109 disposizione attuazioni c.p.p. (Ricezione della notizia di reato) "*La segreteria della procura della Repubblica annota sugli atti che possono contenere notizia di reato la data e l'ora in cui sono pervenuti in ufficio e li sottopone immediatamente al procuratore della Repubblica per l'eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato*." Una norma che pare imporre il deposito cartaceo della notizia di reato in segreteria, laddove tuttavia, in termini generali, l'art. 108 - bis delle medesimi disposizioni (rubricato "Modalità particolari di trasmissione della notizia di reato") precisa:

"*1 - Tiene luogo della comunicazione scritta la comunicazione della notizia di reato consegnata su supporto magnetico o trasmessa per via telematica. Nei casi di urgenza, le indicazioni e la documentazione previste dall'articolo 347 commi 1 e 2 del codice sono trasmesse senza ritardo. 2 - Quando la comunicazione è eseguita nelle forme previste dal comma 1, la polizia giudiziaria indica altresì la data di consegna e di trasmissione*."

Il punto da chiarire riguarda la necessità – in linea astratta o quantomeno come dato di fatto - del deposito anche cartaceo delle notizie di reato, laddove la possibilità di un deposito solo telematico a mezzo del Portale N.D.R. può indubbiamente semplificare e velocizzare le attività connesse alla trasmissione degli atti. Si consideri che il registro delle notizie di reato (S.i.c.p.) e il Portale N.D.R. forniscono la provenienza certa dei dati, la loro integrità, la data certa, l'orario esatto del pervenimento degli atti stessi sul S.I.C.P. a seguito della trasmissione ad opera delle ufficio di p.g. abilitate ad utilizzare il menzionato portale.

Per quanto consta, non esiste un approccio uniforme al problema; in molti uffici si è ritenuto di poter privilegiare il solo deposito telematico, ma frequentemente quest'ultimo è "corredato" dal deposito cartaceo. Indubbiamente la spinta emergenziale delle ultime settimane ha favorito la scelta

telematica, ma il problema deve e può essere affrontato anche in un'ottica di ritorno alla normalità, in prospettiva fisiologica e non solo patologica.

In questo senso, le notizie di reato dovrebbero poter essere trasmesse – almeno normalmente – solo in via telematica, prevedendo l'integrazione cartacea solo ove necessaria (si pensi al caso ad es. di urgenze).

La duplice trasmissione, in realtà, non dovrebbe porre un problema di duplicazione di iscrizioni (ciò in quanto quando l'operatore inserisce il numero del portale, reperito sulla copia cartacea, l'annotazione preliminare dovrebbe essere già iscritta, evidenziando il numero di R.G. generato dal sistema) anche se ogni seguito pervenuto - come è ben chiaro a chi lavora in Procura – impone una ricerca e un successivo inserimento, determinando un oggettivo e ineludibile aggravio di lavoro.

In realtà, uno schema operativo funzionale potrebbe prevedere:

la trasmissione via PEC del solo frontespizio della notizia di reato

la stampa della n.r. e degli allegati da parte delle segreteria

l'assegnazione e l'iscrizione della notizia di reato con conseguente individuazione del numero di R.G. da comunicare alla p.g. per la trasmissione di eventuali seguito

Certamente una trasmissione uniforme, solo per via telematica, potrebbe garantire un maggiore efficienza, anche se la stessa comporta uno sforzo organizzativo iniziale e un "investimento" in termini di sistema e di personale significativo. L'invio anche della copia cartacea potrebbe essere solo determinato da specifiche esigenze correlate agli atti da trasmettere; atti e documenti che potrebbero essere richiesti, dopo l'assegnazione del numero di procedimento, direttamente alla p.g. e depositati (anche in via telematica) direttamente alla segreteria del p.m. assegnatario del fascicolo.

In generale, inoltre, la ricezione in via telematica della denunce già formalizzate in via digitale consentirebbe una trasmissione in Procura - previa integrazione con eventuali atti svolti di iniziativa dalla stessa p.g. a completamento della stessa – in tempi rapidi, con conseguente possibilità di operare immediatamente sui file una volta pervenuti, per attività di analisi e confronto dati o anche solo ai fine della predisposizione degli atti del procedimento.

6. Le alternative alla firma digitale e le prospettive de iure condendo

L'efficacia della modalità di identificazione "certa" che la firma digitale SPID pare garantire non può che essere direttamente proporzionale alla diffusione della stessa nella società. Al 31.3.2020, si tratta di 6.332.555 firme, come risulta dal sito www.agid.gov.it; non poche indubbiamente, anche se si tratta di un numero lontano dal poter garantire un uso generalizzato nel sistema. In attesa di un auspicabile intervento normativo diretto introdurre ulteriori strumenti tecnico - giudirico funzionali ad assicurare il medesimo effetto della firma digitale Spid.

In questo senso, come riportato dal sito dell'Ansa in data 7 aprile 2020, tutti i cittadini italiani in possesso della Carta d'Identità Elettronica 3.0 (CIE) potranno accedere direttamente da casa ai servizi digitali della P.A., tra cui quelli previdenziali dell'Inps, o sanitari ed anagrafici di Regioni e Comuni che già permettono l'accesso con la CIE, per citare solo alcuni. Una notizia comunicata dal Poligrafico e Zecca dello Stato, dalla quale si rileva essere stata rilasciata insieme al Ministero dell'Interno la nuova modalità di identificazione ai servizi online attraverso la CIE.

È evidente che laddove fosse prevista la possibilità di avvalersi della CIE – della quali risultano possessori ormai milioni di cittadini - anche per autenticare denunce e querela, si potrebbe segnare un immediato progresso nella direzione ipotizzata.

In ottica futura, inoltre, tra le tante soluzioni possibile, almeno due potrebbero essere prese in tempi rapidi in considerazione.

In termini assolutamente empirici, eventuali denunce presentate avvalendosi di un sistema di modulistica predeterminato per categorie di reato (disponibile sui siti istituzionali, quali Procura della Repubblica e uffici di P.G.) ma prive di firma digitale SPID o equivalente potrebbero essere validate da UPG previo contatto con il denunciante e autenticazione on line, anche con trasmissione di copia di documenti e/o contatto in videoconferenza. Un meccanismo certamente proponibile per le denuncie e non impensabile anche per le querela, più laborioso rispetto alla trasmissione con firma digitale ma enormemente più economico e completo rispetto alla presentazione diretta ad es. in commissariato.

La seconda possibilità – in teoria complessa, potenzialmente di straordinaria efficacia – riguarda l'utilizzo indiretto di strumenti di identificazione telematica di soggetti. Detto così può sembrare formula criptica laddove è quanto di più semplice e diffuso esista oggi sul mercato: i meccanismi di autenticazione per conti on line. Sino a poco tempo fa, soprattutto i token, oggi autenticazioni on line a mezzo di una app.

Un meccanismo privato che tuttavia è caratterizzato - per evidenti fini commerciali e di mercato - da un elevato standard di sicurezza e da una tecnologia generalmente adeguata - con il quale si potrebbe coinvolgere un numero di soggetti identificabili con certezza certamente superiore ai 6 milioni ca di identità SPID attualmente disponibili; in base a dati non recentissimi, già nel 2018 gli utilizzatori nazionali di conti on line si avvicinavano ai 20 milioni. Un dato che non richiede commenti.

Se fosse possibile utilizzare i meccanismi di identificazione bancari, così capillarmente diffusi e previo accordo con i singoli istituti (che potrebbero essere incentivati dall'idea di poter fornire ai propri clienti un servizio aggiuntivo di non secondario rilievo) per assicurare l'identificazione certa dei soggetti che presentano una denuncia per via telematica, potrebbe esserci un immediato e irreversibile balzo in avanti della diffusione di tale modalità di trasmissione degli atti, con un beneficio per il sistema di pari proporzioni.

Bernadette Nicotra

Il “Codice Rosso” per estirpare il virus della violenza di genere: un primo commento a meno di un anno dalla sua entrata in vigore

1. Premessa.

Tra le misure restrittive adottate nel nostro Paese, per fermare il contagio da Coronavirus, c’è quella di restare a casa.

La quarantena ha fatto registrare un calo del numero di denunce per violenze e maltrattamenti, tuttavia, ciò non corrisponde ad una diminuzione dell’intensità e della frequenza del fenomeno. Infatti, in base ai dati raccolti dai centri anti-violenza e da altre fonti informali, è emerso che la violenza non è assolutamente diminuita ma, a causa delle restrizioni, vi è solo una maggiore difficoltà delle donne a denunciarla.

L’emergenza Coronavirus rischia di aggravare un problema strutturale della nostra società: la violenza di genere. Le misure restrittive, seppur necessarie, stanno avendo conseguenze negative in quegli ambiti familiari segnati dalla presenza di maltrattamenti e violenze, fenomeni che nel nostro Paese sono purtroppo diffusi e sommersi.

Se le necessarie misure di distanziamento sociale hanno costretto molte attività non essenziali a fermarsi, le azioni per contrastare la violenza di genere non possono essere bloccate. Infatti, nonostante, le misure eccezionali introdotte in tutti i Tribunali Italiani per contenere gli effetti della pandemia, l’impegno degli operatori della giustizia per contrastare in modo tempestivo ed efficace il fenomeno non si è arrestato.

Oggi, le forze dell’ordine e la magistratura hanno a disposizione un ventaglio di norme per rendere più efficace il contrasto alla violenza di genere. Tra queste il 9 agosto 2019 è entrata in vigore la legge n. 69 del 2019 (c.d. “Codice Rosso”) recante «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*».

Il provvedimento legislativo, come esplicitato nel suo titolo, nasce con l’obiettivo di apportare modifiche significative al sistema di repressione penale della violenza domestica e di genere al fine di far fronte al sempre più crescente stato emergenziale collegato alla commissione di questa categoria di reati.

Tale intervento normativo si sviluppa lungo due traiettorie: la prima sul versante processuale e la seconda in quello sostanziale.

Sul versante processuale, la riforma mira a tracciare una “corsia preferenziale” per quei reati c.d. spia in modo tale da assicurare l’immediata istaurazione del processo e ridurre, così, i tempi per

l'adozione di eventuali provvedimenti protettivi. In particolare, si intende evitare una stasi nell'iscrizione della notizia di reato o nello svolgimento delle indagini tali da compromettere la tempestività degli interventi e così l'incolumità fisica e psichica delle vittime.

Sul versante sostanziale, invece, si assiste ad un inasprimento del trattamento sanzionatorio di alcuni delitti e all'introduzione di nuove forme di reato.

Più precisamente, il testo legislativo introduce quattro nuove fattispecie: il delitto di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387 bis c.p.), il delitto di costrizione o induzione al matrimonio (art. 558 bis c.p.), il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti senza il consenso delle persone rappresentate, c.d. *revenge porn* (art. 612 ter c.p.) e, infine, il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583-quinquies c.p.).

1.1. L'art. 612 ter c.p. - Il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti senza il consenso delle persone rappresentate, c.d. revenge porn

Il nuovo articolo 612 ter c.p. sanziona il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti prevedendo la pena della reclusione da 1 a 6 anni e la multa da 5.000 a 15.000 euro. Lo stesso trattamento sanzionatorio si applica a chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video, li diffonda a sua volta al fine di recare nocumento agli interessati.

Il legislatore prevede anche alcune ipotesi aggravate della fattispecie: la pena, infatti, è aumentata se i fatti sono stati commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se i fatti sono commessi mediante strumenti informatici o telematici; nel contempo, la pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti sono commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza.

L'obiettivo di politica criminale che il legislatore ha voluto perseguire con l'introduzione di questa fattispecie appare evidente alla luce dei numerosi casi di cronaca giudiziaria.

Il reato in questione, infatti, ha fatto ingresso nel nostro sistema penale al precipuo scopo di fronteggiare la crescita esponenziale di una nuova fenomenologia delittuosa che, tramite la strumentalizzazione della rete Internet, divulga telematicamente foto, video o immagini relativi alla vita strettamente intima di una persona.

Dunque, attraverso l'introduzione dell'art. 612 ter c.p., si è colmato un effettivo vuoto di tutela.

Tradizionalmente, priva della vigenza del Codice Rosso, tali condotte criminose erano ricondotte entro lo spettro di operatività del reato di diffamazione a mezzo Internet (art. 595 co. 3 c.p.) o, al più, entro il delitto di illecito trattamento dei dati personali (art. 167 del D.lgs. n. 196 del 2003, il "Codice Privacy").

La riconducibilità a tali fattispecie di reato risultava però incompatibile o, comunque, riduttiva rispetto al bene giuridico che si intendeva tutelare.

La divulgazione illecita di immagini o video sessualmente esplicite, infatti, travalica i confini dell'offesa all'altrui reputazione e incide direttamente sul diverso diritto alla libertà personale e sessuale se non, addirittura, sull'integrità psico-fisica della vittima, alla stregua di quanto avviene con il reato di atti persecutori.

Il reato di diffamazione, invece, si configura quale fattispecie posta a presidio della sola reputazione, da intendersi, alla luce della giurisprudenza di legittimità, come "*onore in senso oggettivo ossia quale valutazione dei consociati rispetto alla personalità morale e sociale dell'individuo e stima di cui lo stesso gode nella collettività di appartenenza*".

Le stesse considerazioni valgono per il delitto di cui all'art. 167 del D.lgs. n. 196 del 2003 che, più che reprimere in maniera diretta eventuali violazioni dei diritti fondamentali della persona, si inserisce nel comparto normativo volto a garantire la corretta circolazione dei dati personali.

Per questi motivi il legislatore ha introdotto la nuova fattispecie nella Sezione III del Titolo XII del codice penale, dedicato alla regolamentazione dei delitti contro la libertà morale.

Tornando all'analisi della fattispecie, essa è strutturata in due distinte ipotesi che prevedono il medesimo trattamento sanzionatorio e che si distinguono tra loro per le modalità con le quali l'agente è entrato in possesso delle immagini che successivamente decide di divulgare. Nel primo caso, il reo deve essersi procurato il suddetto materiale mediante la realizzazione diretta dello stesso oppure per averlo sottratto personalmente; nel secondo caso, invece, le immagini o i video devono essere stati ricevuti o, comunque, acquisiti.

Le condotte tipiche descritte dal legislatore sono essenzialmente cinque: invia, consegna, cede, pubblica o diffonde. L'impiego della preposizione disgiuntiva per separare le ultime due forme comportamentali (pubblica o diffonde) attesta che si tratta di condotte alternative equivalenti.

Inoltre, appare evidente come le condotte penalmente rilevanti siano rivolte sia a un pubblico potenzialmente vasto e indeterminato (pubblica o diffonde) sia a un pubblico più circoscritto.

Le condotte consistite nell'inviare, consegnare e cedere, infatti, presuppongono un rapporto di bilateralità o, al massimo, un rapporto plurilaterale con soggetti determinati.

Per quanto concerne la locuzione "sessualmente espliciti" si renderà necessaria la definizione interpretativa ad opera della giurisprudenza di legittimità. Pertanto, attualmente, si ritengono inclusi tutti i contenuti ritraenti rapporti sessuali o parti intime delle persone coinvolte.

Maggiori problematiche interpretative sono sorte in ragione dell'elemento soggettivo del reato.

In particolare, risulta difficile provare in giudizio i due elementi strutturali della fattispecie consistiti nel dissenso della vittima e nella consapevolezza del reo di operare senza il consenso della persona offesa.

Si tratta di una doppia indagine su un elemento costitutivo del reato in mancanza del quale non è possibile rinvenire alcuna responsabilità penale in capo all'imputato.

Alcuni autori, in tal senso, propendono per una soluzione estensiva degli approdi a cui è giunta la giurisprudenza di legittimità nei reati di violenza sessuale. Pertanto, anche nel caso del 612 ter c.p., si renderà necessaria la dimostrazione di indici chiari univoci e diretti del consenso della vittima, in presenza dei quali si dovrà presumere il dissenso del destinatario.

Ulteriori perplessità si rinvengono in merito alla richiesta del dolo specifico per l'ipotesi criminosa contemplata nel co. 2.

Infatti, da una parte non si comprende la scelta selettiva operata dal legislatore nel limitare il disvalore penale soltanto al caso in cui il reo abbia intenzionalmente voluto provocare una lesione alla persona offesa e non anche quando abbia agito disinteressandosi della portata lesiva della condotta. Dall'altra, si complica ulteriormente l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato perché il giudice dovrà verificare non solo la consapevolezza della dimensione lesiva della condotta ma anche la specifica volontà di concretizzare tale offesa.

Da ultimo, rientrando nell'alveo dei delitti del Codice rCsso, all'art. 612 ter c.p. dovranno applicarsi le innovazioni processuali apportate dal legislatore con la presente riforma. Inoltre, stando a quanto statuito all'ultimo comma, il delitto è punito a querela della persona offesa nel termine di sei mesi. La remissione della querela può essere solo processuale, ferma restando la procedibilità d'ufficio per le ipotesi in cui opera l'aggravante speciale della particolare condizione di inferiorità fisica ecc. (co. 4 c.p.) e per i casi in cui il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio.

2. L'art. 558 bis c.p. - Il delitto di costrizione o induzione al matrimonio (art. 558 bis c.p.)

Il nuovo articolo 558 bis c.p., colmando un vuoto legislativo, introduce un'ulteriore fattispecie di reato.

Con l'introduzione di questa nuova disposizione, il legislatore punisce chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona a contrarre matrimonio o unione civile con la pena della reclusione da 1 a 5 anni. Alla stessa pena soggiace anche chi, mediante una serie di condotte abusive polarizzate sulla condizione di vulnerabilità, inferiorità psichica o di necessità della persona e sulle particolari relazioni intercorrenti con l'autore del reato, induce taluno a contrarre matrimonio o unione civile. Il legislatore, poi, prevede anche due ipotesi aggravate: quando i fatti sono commessi in danno di un minore di anni 18 o, ancora, nel caso in cui la vittima sia un infraquattordicenne.

Le fattispecie contemplate sono, pertanto, due e si pongono l'obiettivo di contrastare i c.d. matrimoni forzati.

Nel primo caso, si tratta di un'ipotesi speciale di violenza privata di cui all'art. 610 c.p. qualificata dalla natura del fatto imposto ossia il matrimonio o l'unione civile. Nel secondo caso, invece, viene punita l'induzione al matrimonio mediante abusi psicologici o tramite particolari modalità coercitive, meno dirette della costrizione ma ugualmente idonee a condizionare la libertà di decisione.

Il punto di contatto tra i due delitti, che giustifica il medesimo trattamento sanzionatorio, deve rinvenirsi nell'unicità dell'evento (matrimonio o unione civile) contratto in sostanziale difetto del consenso.

I profili problematici, immediatamente emersi, attengono alla conciliabilità di tale fattispecie penale con le rispettive disposizioni civilistiche in materia di matrimonio.

È stato messo in luce, in particolare, il difficile coordinamento tra l'art. 558 bis c.p. e il 122, co. 1 c.c.

La disposizione civilistica consente al coniuge a cui il consenso al matrimonio è stato estorto con violenza, di impugnare il matrimonio stesso. Tuttavia, l'azione non può essere proposta se vi è stata coabitazione per almeno un anno dopo la cessazione della violenza.

Pertanto, la sussistenza di entrambe le disposizioni potrebbe creare la strana situazione in cui, pur essendo civilmente efficace, il matrimonio forzato, perseguibile d'ufficio, costituirebbe sempre un reato.

La norma, infine, non dimentica un ulteriore fenomeno che negli ultimi anni ha assunto una dimensione ultranazionale. Si tratta dei casi in cui giovani donne straniere, residenti in Italia, sono costrette o indotte a stipulare matrimoni da celebrarsi all'estero e, comunque fuori dall'ordinamento italiano.

Per far fronte a questa emergenza, il legislatore ha esteso la summenzionata disciplina anche ai casi in cui il fatto è stato commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia ovvero in danno di cittadino italiano o straniero residente in Italia.

3. L'art. 583 quinquies c.p. - Il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso

Il nuovo articolo 583 quinquies c.p. disciplina il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso abrogando la corrispondente ipotesi di lesioni personali gravissime (art. 583 co. 2 n. 4 c.p.).

L'obiettivo di politica criminale perseguito, in ragione dei recenti e gravi casi giudiziari, è quello di contrastare con maggiore efficacia le condotte di chi, mediante l'impiego di acidi o sostanze corrosive, compromette gravemente i lineamenti del volto della vittima apportando delle lesioni gravissime alla stessa.

Più precisamente, la norma sanziona con la pena della reclusione da 8 a 14 anni chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale dalla quale derivano la deformazione o lo sfregio permanente del viso.

Per deformazione del viso deve intendersi una grave alterazione, pressoché irreparabile, del volto che determini nell'osservatore ripugnanza e ribrezzo, mentre, integra lo sfregio permanente "*qualsiasi nocumento che, senza provocare la più grave conseguenza della deformazione, importi un turbamento irreversibile dell'armonia e dell'euritmia delle linee del viso, con effetto sgradevole o d'ilarità, anche se non di ripugnanza, secondo un osservatore comune, di gusto normale e di media sensibilità*" (Cass. Pen., sez. V, 18 aprile 2016, n. 21394).

La valutazione della sussistenza della deformazione o dello sfregio deve, pertanto, avvenire attraverso un giudizio estetico fondato sul punto di vista di un osservatore comune, di gusto normale e di media sensibilità. Quindi, il giudice, nel compiere tale giudizio, non dovrà servirsi di alcuna indagine peritale e non dovrà essere in possesso di alcuna competenza di carattere tecnico.

Infine, l'elemento soggettivo richiesto ai fini dell'integrazione del reato è il dolo generale. Difatti, il reo deve aver agito con la consapevolezza e la volontà di porre in essere una condotta idonea a realizzare l'offesa descritta.

Prima dell'introduzione di questa fattispecie di reato, la medesima condotta veniva punita ai sensi dell'art. 583 co. 2 n. 4 c.p. Si trattava dell'omologa circostanza aggravante ad effetto speciale.

La scelta effettuata dal legislatore risulta, secondo parte della dottrina, troppo frettolosa.

Le lesioni personali gravissime, infatti, non derivano necessariamente da una condotta dolosa ma possono anche essere causate da comportamenti colposi, costituendo la corrispondente ipotesi di lesioni personali colpose (art. 590 co. 2 c.p.) tra le quali, ad oggi, non può più configurarsi l'ipotesi di deformazione o sfregio del viso.

Per questi motivi sarebbe stato più opportuno non abrogare espressamente il n. 4 dell'art. 583 co. 2 c.p. e lasciare che l'introduzione della nuova fattispecie di reato abrogasse tacitamente e parzialmente la circostanza aggravante ad effetto speciale soltanto nei casi di condotta dolosa.

Da ultimo, il provvedimento interviene anche sull'art. 576 c.p. prevendendo l'applicazione dell'ergastolo qualora il delitto di omicidio sia conseguente alla commissione del delitto di deformazione dell'aspetto mediante lesioni al viso.

La riforma apporta delle modifiche anche all'art. 585 c.p. nel prevedere che il delitto di nuova specie sia aggravato quando commesso con il concorso delle circostanze di cui all'art. 576 c.p. (pena aumentata da un terzo alla metà) e di quelle di cui all'art. 577 ossia quando commesso con armi o con sostanze corrosive o da persona travisata o da più persone riunite (pena aumentata fino a un terzo).

La norma, inoltre, predispone l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno, in caso di condanna ovvero sentenza di patteggiamento ex art. 444 c.p.p.

4. L'art. 387 bis c.p. - Il delitto di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387 bis c.p.)

Il nuovo articolo 387 bis c.p. punisce la violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare o di divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa adottati, in via cautelare, dal giudice. Si tratta, infatti, delle misure cautelari previste ai sensi degli artt. 582 bis e

582 ter c.p.p. necessarie per prevenire la commissione di ulteriori reati e proteggere, pertanto, la vittima.

Tradizionalmente, l'inosservanza delle prescrizioni imposte, in assenza di una specifica fattispecie penale, trovava risposta sanzionatoria in termini endoprocessuali. In particolare, ai sensi dell'art. 299, co. 4 c.p.p., il giudice, valutato l'aggravamento delle esigenze cautelari, poteva sostituire o, eventualmente cumulare, la misura cautelare imposta con una più grave. Ad esempio, a seconda dell'entità della trasgressione, si poteva sostituire il divieto di avvicinamento con gli arresti domiciliari o, altresì, con la custodia cautelare in carcere.

Anche per questa modifica legislativa non sono mancate delle critiche.

Nello specifico, si dubita dell'utilità della norma che, in alcuni casi, risulta meno protettiva della risposta sanzionatoria endoprocessuale, determinando un sacrificio della vittima. Difatti, la violazione dei provvedimenti cautelari darebbe vita a ulteriori processi che soltanto alla loro conclusione irrogherebbero una sanzione penale a differenza della risposta endoprocessuale maggiormente tempestiva.

5. L'art. 572 c.p. - Modifiche in tema di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.)

L'art. 9 co. 2 del Codice Rosso ha apportato significative modifiche in tema di maltrattamenti contro familiari e conviventi.

Questa disposizione prevede un notevole aumento del trattamento sanzionatorio: la cornice edittale da due a sei anni è sostituita con quella da tre a sette anni. Il minimo edittale, sebbene sia aumentato di un anno, non osta all'applicabilità della sospensione condizionale della pena in caso di rito abbreviato. L'intervento sul massimo edittale, invece, oltre ad allungare i termini di prescrizione e di fase, consente il fermo di indiziato di delitto qualora ne sussistano i presupposti.

Le modifiche al trattamento sanzionatorio non hanno riguardato invece le ipotesi aggravate dall'evento che rimangono, pertanto, immutate.

Il legislatore, al secondo comma, introduce un'ipotesi aggravata: la pena è aumentata fino alla metà se il fatto è stato commesso in presenza o in danno di persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità ovvero se il fatto è commesso con armi. Si tratta di un'aggravante speciale ad effetto speciale avente natura oggettiva. Le condotte descritte dal legislatore sono alternative, ma è ben possibile che, nella fattispecie concreta, possono concorrere.

L'intento del legislatore è quello di assicurare una maggiore protezione ai minori che, nella maggior parte delle volte, assistono agli episodi di maltrattamenti (violenza assistita).

In particolare, ai fini della configurabilità dell'aggravante, sarà sufficiente che il minore percepisca il fatto maltrattante non essendo necessario che vi assista in prima persona.

In questo contesto si comprende l'ulteriore scelta legislativa di modificare l'art. 61 bis n. 11 quinquies c.p. nella parte in cui prevedeva l'aggravante dell'aver commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni 18 anche per il reato di cui all'art. 572 c.p.

Da ultimo, tra i soggetti destinatari delle misure di prevenzione personale, vi rientrano non solo gli indiziati del reato di stalking ma anche quelli del reato di maltrattamenti.

6. Le ulteriori modifiche del Codice Rosso

Passando in rassegna le ulteriori modifiche legislative introdotte dal Codice Rosso si registra, in funzione preventiva-repressiva, un innalzamento del regime sanzionatorio per il reato di atti persecutori (art. 612 bis c.p.) e per alcune configurazioni aggravate dei reati di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), violenza sessuale (artt. 609 bis e 609 ter c.p.) e atti sessuali con minorenne (art. 609 quater c.p.).

L'art. 2 della l. n. 69 del 2019 ha previsto, poi, l'obbligo per il pubblico ministero di assumere informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, entro il termine ordinatorio di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato. La norma prevede, però, delle eccezioni.

In primo luogo, la mancata assunzione delle informazioni è giustificata dalle esigenze di tutela dei minori di anni 18. Tale scelta trova la sua ratio nella particolare vulnerabilità della vittima e nelle particolari modalità di escussione (presenza di un esperto in psicologia o psichiatria infantile), molte volte incompatibili temporaneamente con il termine di tre giorni.

L'altra eccezione all'assunzione di informazioni è rappresentata dalla riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa (elemento aggiuntivo rispetto alla riservatezza). In questo caso, il p.m. può decidere di non escutere la vittima allorquando questa, in un primo momento, può assumere un atteggiamento poco collaborativo con le autorità in ragione della categoria dei reati per i quali si procede.

È opportuno precisare che l'esercizio del potere discrezionale del p.m. di non escutere la vittima entro tre giorni deve essere supportato da un esplicito e motivato provvedimento, in ragione dei principi fondamentali sui quali si basa il nostro ordinamento penale.

Infine, significative modifiche sono state apportate anche all'istituto della sospensione condizionale della pena. Nello specifico, la sua concessione è subordinata alla partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati.

6. 1. Codice Rosso: luci ed ombre

Il Codice Rosso è sicuramente una novella legislativa che nel complesso, tra luci ed ombre, appare utile al fine di contrastare tutti quei reati di genere che si verificano sempre più spesso nel panorama sociale italiano.

Ebbene, il legislatore del Codice Rosso ha in un certo senso cercato una risposta a questa maggiore sensibilità della società rispetto ai reati che nascono e si consumano tra le mura domestiche perlopiù in danno delle donne e dei minori.

La norma è ancora molto "giovane" ed è obiettivamente presto per fare un bilancio, perché solo la pratica attuazione ci consentirà di valutarne l'effettiva efficacia. Tuttavia è già possibile fare alcune considerazioni.

Innanzitutto, non dimentichiamo che, i reati di cui si tratta sono effettivamente particolari perché si innestano molto spesso in una situazione di vicinanza fisica e psicologica protratta nel tempo tra autore e vittima. Tali condotte, si consumano per un lasso di tempo solitamente non istantaneo e trovano proprio nel legame tra reo e persona offesa (o ex legame) presupposto e ragione. Si tenga conto poi, che spesso sono coinvolti anche indirettamente minori, che, spesso strumentalizzati dagli adulti, soprattutto in quelle situazioni di violenza domestica caratterizzate da escalation di conflittualità, subiscono in silenzio.

Vi sono degli aspetti del Codice Rosso sicuramente del tutto opportuni: la punizione del *revenge porn*, la sospensione condizionale della pena subordinata alla partecipazione ad un percorso psicologico, la maggiore speditezza e i ristretti lassi temporali imposti al PM ed alla Polizia Giudiziaria sia in funzione preventiva che repressiva. Inoltre il Codice Rosso riposiziona la persona offesa, la vittima cd. vulnerabile, al centro del processo, riconoscendole più ampi diritti e facoltà.

Tuttavia, come tutte le norme che introducono accertamenti "sommari" a carico di un soggetto, anche il Codice Rosso si può prestare ad utilizzi strumentali da parte delle asserite vittime alle quali, assai spesso, è sufficiente una mera denuncia per ottenere provvedimenti cautelari personali.

Le procedure più spedite sopra descritte implicano un aumento del lavoro per l'ufficio di procura e per la polizia giudiziaria. Sicché, in un contesto dove l'urgenza dei fenomeni rende effettivamente difficile per gli operatori della giustizia (polizia giudiziaria, pubblico ministero e giudice delle indagini preliminari) individuare e selezionare le situazioni effettivamente e concretamente urgenti, da quelle che necessitano di un vaglio investigativo o che possono rivelarsi addirittura infondate, il rischio di errori giudiziari è dietro l'angolo.

In conclusione, una considerazione che traggo da tanti anni di esperienza, prima, come sostituto procuratore, ora, come giudice delle indagini preliminari e che, per questa tipologia reati, dall'accertamento complesso, dalle condotte non sempre decifrabili, se è vero che il più delle volte le sole dichiarazioni della persona offesa sono sufficienti al fine di adottare una misura precautelare o per pervenire ad un giudizio di colpevolezza, tuttavia, quanto più nutrito di riscontri è il materiale raccolto quanto più elevata sarà la probabilità di dare definitiva tutela e giustizia alla vittima.