GIUSTIZIA INSIEME

Diritto dell”emergenza Covid-19 e recovery fund

Il diritto nello “stato di eccezione” ai tempi dell’epidemia da Coronavirus

di Tomaso Epidendio

18 aprile 2020

ABSTRACT

Warning: Undefined array key "abstract" in **/var/www/vhosts/giustiziainsieme.it/httpdocs/print/articolo_pdf.php** on line **334**

Warning: Undefined array key "sommario_indice" in /var/www/vhosts/giustiziainsieme.it/httpdocs/print/articolo_pdf.php on line 335

Il diritto nello “stato di eccezione” ai tempi dell’epidemia da Coronavirus

di Tomaso Epidendio

-seconda parte - (prima parte **https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/957-il-diritto-nello-stato-di-eccezione-ai-tempi-dell-epidemia-da-coronavirus**)

4. La “nuova normativa” alla prova delle categorie ordinarie: Eracle al bivio

Una constatazione si impone in esordio dell’esame sulla normativa in esame: le linee portanti della disciplina, se esaminate con le ordinarie categorie giuridiche – del principio di legalità, sostanziale e processuale, e della ripartizione delle competenze e dei poteri costituzionali – dovrebbe essere considerata nelle sue linee essenziali totalmente illegittima.

L’osservazione è talmente banale che è quasi imbarazzante doverne parlare, ma dovendosene parlare (per quello che si legge e si sente in questi tempi), bastino alcune notazioni.

Davvero, se si applicassero le ordinarie categorie giuridiche, sarebbe pensabile, dopo quello che si è detto e scritto tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia dell’Unione europea sulla natura della prescrizione, considerare legittima una norma, entrata in vigore dopo la commissione del fatto-reato, che sospende (retroattivamente) il relativo termine di prescrizione nel relativo processo?

Davvero si può pensare, con buona pace degli ordinari principi nazionali e convenzionali del giusto processo e del diritto a una tutela immediata , che una norma (anche di legge) determini il rinvio della maggior parte dei processi penali?

Davvero è pensabile che sia compatibile con il principio di legalità processuale e con i principi di sottoposizione alla legge, del giusto processo, di autonomia e indipendenza della magistratura, una norma che attribuisca ai dirigenti degli uffici il potere di dare direttive vincolanti sulla tenuta delle udienze?

Davvero si vuole credere che attraverso tali direttive, ovvero con norme di rango secondario o addirittura (come sembra si arriverà) con norme di legge, si possa giungere alla celebrazione dei processi a distanza, alla conversione in contraddittorio scritto della quasi totalità della procedura, senza ledere in modo irrimediabile i principi di oralità, immediatezza e di pubblicità dell’udienza? Che ci si arrivi così, ricamando sui concetti, e gloriando “le magnifiche sorti e progressive” del venturo processo telematico, fino a mettere in un cassetto tutto quel rincorrersi di sentenze, tra Corte di Strasburgo e Sezioni unite della Corte di cassazione, che hanno statuito e ampliato sempre più il diritto all’udienza pubblica anche nelle udienze camerali (con limitatissime e sempre più vacillanti eccezioni), che hanno imposto con progressiva e inusitata ampiezza l’obbligo della rinnovazione della prova.

Davvero si può pensare che l’inevitabile esigenza di assicurare ai medici la possibilità di prendere decisioni sempre più difficili possa avvenire senza stravolgere decenni di giurisprudenza di legittimità in materia di colpa medica o di responsabilità omissiva?

Davvero si può pensare che direttive od opportuni suggerimenti interpretativi sull’applicazione delle misure cautelari o sulla esecuzione delle sentenze penali siano ordinarie operazioni ermeneutiche, semplici adattamenti del testo di legge e degli istituti penali e penitenziari al contesto e non quello che sono: drammatici tentativi di evitare la catastrofe penitenziaria, di scongiurare la tragedia ed evitare la colpa (morale, prima che giuridica) di porre una moltitudine di persone in situazioni dove il distanziamento sociale necessario a salvaguardarne la vita non è semplicemente possibile.

Io credo che non si possa dire. Sia che si tratti di operazioni *in bonam partem*, come di operazioni *in malam partem*, non si può dire che è tutto in ordine, che le categorie giuridiche sono tutte lì al loro posto, che le abbiamo solo un poco precisate e aggiustate per renderle più funzionali e adatte al contesto.

No, non è tutto come prima: non è che prima si era frainteso questo o quel concetto e che ora se ne è potuta apprezzare la reale portata; non è improprio dare ai concetti giuridici la portata che ad essi si è sempre data e che effettivamente hanno; non si possono gettare al vento decenni di giurisprudenza costituzionale, di legittimità e sovranazionale in materia di diritti fondamentali e di diritto penale e processo attraverso arzigogoli dogmatici e ingegnose, quanto inusitate, acrobazie ermeneutiche.

Ci troviamo di fronte a un bivio: o con coerenza ed onestà concettuale si riconosce l’illegittimità della stragrande maggioranza della nuova normativa, specie quella incidente sui delicati punti che ho sopra ricordato, oppure si riconosce che ci troviamo di fronte a una normativa dello stato di eccezione “in senso debole”, come sopra precisato, che ha i suoi contorni e limiti da verificare in rapporto alla loro tenuta costituzionale.

Non riconoscere che ci troviamo di fronte alla “tigre dello stato di eccezione” e illuderci di avere di fronte solo il “lupacchiotto di una emergenza”, per mantenere intatta la nostra buona coscienza di illuminati giuristi ed evitare di *épater la bourgeoisie* di belle anime giuridiche, sarebbe, a mio avviso, l’errore più grande.

Potremo continuare a dire di trovarci di fronte un lupacchiotto giuridico, ma finiremo sbranati dalla tigre, perché, se si tratta dell’operare delle normali categorie giuridiche, allora, per una strana eterogenesi dei fini, queste discipline, inaccettabili al di fuori dell’eccezione in cui ci

troviamo, potranno tranquillamente stabilizzarsi e le deroghe diventeranno norma a cui ci è già assuefatti, così che davvero si potrà dire che il virus si è propagato anche nel diritto. Infatti, se davvero si tratta solo di una tra le ripetibili emergenze che hanno attraversato la vita dello Stato repubblicano, allora sarà inevitabile aprire la strada a chi invocherà nuove emergenze – perché sempre se ne trovano e sempre se ne troveranno – che potranno giustificare, come declinazione contestuale di ordinarie e tranquillizzanti categorie giuridiche classiche, quelle che saranno inaccettabili aggressioni al nucleo intangibile dei diritti fondamentali.

Dichiarare invece tutto (o quasi) illegittimo, come dovrebbe avvenire se si applicassero le ordinarie categorie valutative maturate nella giurisprudenza di legittimità, costituzionale e sovranazionale, vorrebbe dire vanificare ogni forma di intervento finendo, per evidenziare l’inefficacia del diritto in situazioni di eccezione, ciò che porterebbe al rischio, questo sì davvero tragico, di precipitare lo Stato in una situazione di caos, con il conseguente pericolo di introduzione di uno stato di eccezione in senso forte, nel senso schmittiano del termine, che è quanto più possibile deve essere evitato (anche se, per fortuna, non sembra un pericolo imminente non deve essere sottovalutato, rappresentando una catastrofe nella catastrofe).

5. La normativa secondo lo stato di eccezione in senso debole

Di fronte all’inevitabile, insoddisfacente e tragica alternativa sopra descritta (ritenere illegittima l’intera impostazione e tutti i principali tratti della normativa in esame, ovvero forzare le ordinarie categorie giuridiche per considerarla giustificata quale mera normativa emergenziale), credo abbia senso percorrere una “terza via”, prendere atto che ci troviamo in uno stato di eccezione – che solo ricorre in situazioni tali da mettere in pericolo la stessa vita di tutti i consociati nel loro complesso – ma che questo non vuol dire per forza precipitare il diritto nell’abisso dello stato di eccezione schmittiano verso pericolose derive autoritarie: di fronte a una inedita e travolgente catastrofe, si può tentare la strada dello stato di eccezione in senso debole, che impone di filtrare le ordinarie categorie giuridiche di valutazione, attraverso quelle della temporaneità, giustiziabilità e proporzione, come si è precisato nella prima parte.

Nello stato di eccezione “in senso debole”, il diritto non è autoritariamente sospeso e, quindi, continuano ad esistere limiti, ma adeguati all’eccezionalità catastrofica che il diritto deve affrontare e, di fronte alla quale, l’ordinarietà giuridica sarebbe una illusione, confortevole sì, ma pur sempre una illusione, tanto più pericolosa quanto più è spaventosa l’insidia che essa occulta e che lo stato di eccezione “in senso debole” consente invece di affrontare *de visu*.

Nei limiti della brevità del presente intervento si vogliono fornire solo alcuni, si spera significativi, spunti di eventuale approfondimento interpretativo e operativo.

Ad esempio nella disciplina normativa si avverte in più punti l'esigenza di sanzionare comportamenti di violazione delle prescrizioni alle restrizioni delle libertà di circolazione (giunte fino alla restrizione domiciliare, per ragioni di salute), seguendo la rapidità e l'esigenza di differenziazione territoriale di quelle medesime prescrizioni che risentono del continuo aggiornamenti di dati e conoscenze cliniche, non prive di più di una incertezza scientifica, e secondo una successione vorticosa di precetti, inasprimenti e depenalizzazioni, operati con decretazione d'urgenza, che in sede di conversione potrebbe presentare emendamenti, con conseguente crisi del meccanismo di cui all'art. 2 c.p.: infatti, salva l'applicazione delle disposizioni sulla successione normativa in caso di leggi temporanee o eccezionali (sempre che si interpreti questa dizione comprensiva dei decreti-legge), le modifiche che siano introdotte in sede di conversione sarebbero assoggettate alla normale disciplina in tema di successione ai sensi dell'ultimo comma dello stesso art. 2, a meno di voler ritenere che il riferimento alle "disposizioni di questo articolo" non comporti anche una deroga anche per gli emendamenti su norme eccezionali o temporanee, proposta interpretativa che, se adottata in generale, sembra fortemente compressiva dei diritti fondamentali.

Ora, al di là di progressivi aggiustamenti di tiro che spostano dall'illecito penale a quello amministrativo la maggior parte delle condotte di violazione – secondo il malvezzo, più volte censurato anche in chiave sovranazionale, della "truffa delle etichette" e che difficilmente potrebbe ritenersi esente dalle citate censure applicando le ordinarie categorie – credo che, pur nello stato di eccezione in senso debole, lo strumento del decreto legge consente di assicurare interventi tempestivi, inserendo in esso lo stesso precetto (eventualmente differenziato su base nazionale, a secondo di differenziate esigenza di tutela dalla diffusività del virus) in termini di urgenza, di tal che ricorrere a norme penali sostanzialmente "in bianco" e, oltre tutto, differenziate (per non dire polverizzate) sul territorio nazionale, rappresenterebbe un intervento non necessario, non comportante il minimo sacrificio necessario (anzi pregiudicando quello massimo della riserva di legge in materia penale) e come tale sproporzionato, non giustificato nello stato di eccezione in senso debole. Non si può, peraltro, mancare di sottolineare come la situazione eccezionale che stiamo vivendo stia mettendo in luce la "crisi" del sistema penale delle "contravvenzioni" e la problematica opzione della scelta tra questo e un illecito amministrativo sempre più aggressivo: si fronteggiano la perdurante carica simbolica del "penale" e l'"effettività" del sistema (*recte* dei "micro-sistemi") degli illeciti amministrativi, con il rischio di rendere sempre più evanescente il principio cardine del diritto penale come *extrema ratio*.

Diversamente, sembra, si potrebbe concludere per i termini di prescrizione: l’esigenza di differimento della tutela processuale – sempre, come detto, nella salvaguardia della giustiziabilità precisata nella prima parte, che deve essere immediata almeno per le norme introdotte nello stato di eccezione – è strettamente e inscindibilmente connessa all’esigenza di salvaguardare la vita dei consociati, dello stesso imputato, ma anche di tutti gli operatori (commessi, cancellieri, segretari, addetti, avvocati e magistrati) che rappresentano altrettanti possibili “focolai” epidemici in grado di estendere il contagio alla popolazione, la cui circolazione, dunque, deve essere consentita solo nei limiti dello stretto necessario. Ora di fronte a un differimento di questo tipo – che a mio avviso sarebbe meglio qualificare per quello che è, cioè un rinvio *ex lege*, attribuendo al provvedimento di rinvio natura meramente ricognitiva e come tale adottabile anche a gruppi e dal dirigente dell’ufficio o da un suo delegato – dettato dall’esigenza di salvaguardare la vita dell’intera collettività, non determinato da inefficienze o altre situazioni imputabili alla pubblica amministrazione, ma da bisogni che coinvolgono tutti e, *in primis*, lo stesso imputato, ebbene di fronte a un simile differimento, la temporanea sospensione del termine di prescrizione anche per processi relativi a fatti commessi prima della normativa Co-Vid, sembra misura temporanea, tale da non privare (neppure sostanzialmente) l’imputato del diritto di ottenere giustizia in tempi ragionevoli (tenuto conto del contesto), idonea, strettamente limitata al minor sacrificio necessario, così da essere proporzionata, e giustificare “eccezionalmente” una sua applicazione retroattiva, altrimenti inammissibile dopo quanto è stato affermato nella nota vicenda “Taricco”. Del resto, come non pensare a quanto accaduto non molto tempo fa in relazione ad analoghe norme emanate in occasione dell’“emergenza”-terremoto, (caso gravissimo, ma non delle dimensioni globalmente apocalittiche della presente epidemia), in cui l’applicazione della sospensione a fatti pregressi non ha poi suscitato gran commozione o preoccupazione, per non dire attenzione, al carattere sostanziale della prescrizione. Per usare termini più franchi – e chiamare le cose con il proprio nome - questa temporanea e limitata “processualizzazione” della sospensione dei termini prescrizionali (perché di questo si tratta) sembra del tutto proporzionata alla eccezionalità della situazione e coerente con la stessa “giustiziabilità”, purché mantenga i caratteri di una temporaneità, non solo formale, ma anche sostanziale, il che vuol dire relativa brevità. Il punto da sottolineare è semmai il fatto che simili spinte verso la “processualizzazione” della prescrizione possono essere giustificate solo nel permanere dell’eccezione in senso debole, onde evitare rischi di improprie stabilizzazioni di discipline eccezionali, coerentemente con quanto si è fin qui argomentato.

L’ultimo punto trattato evoca inevitabilmente, come si è visto, il tema della “giustiziabilità” e, quindi, quello dei processi penali telematici e dei poteri attribuiti ai dirigenti degli uffici giudiziari. Deve ritenersi infatti che, proprio per garantire comunque una “giustiziabilità proporzionata”, possa trovare giustificazione il potere dei dirigenti di dettare “direttive vincolanti”. In particolare, deve ritenersi che soddisfino il requisito della proporzionalità quelle direttive che vadano nel senso della “smaterializzazione” degli atti e che permettano, ad esempio, il deposito di provvedimenti sottoscritti in formati digitali non modificabili, secondo le disponibilità delle varie realtà (anche locali), tali da consentire di rendere operativa l’attività giudiziaria essenziale a garantire la “giustiziabilità” dei diritti, contestualmente limitando al massimo l’accesso fisico agli uffici e garantendo quel “distanziamento sociale” indispensabile per evitare l’ulteriore propagarsi dell’epidemia oltre che, non va dimenticato, quel protrarsi della situazione di eccezione (seppur in senso debole), che diventerebbe incompatibile con il requisito della “temporaneità” e metterebbe a dura prova la tenuta dello stesso Stato di diritto.

Diversamente, a mio avviso, dovrebbe ritenersi per il vero e proprio “processo a distanza”. In questi casi, sempre nell’ambito della temporaneità (e, quindi, della connessa relativa brevità dello stato di eccezione che i provvedimenti sono tesi a salvaguardare e del connesso differimento dell’udienza) non sembra “proporzionato” (nel senso del test precisato nella prima parte), travolgere principi, radicati nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale a tutti i livelli, quali i principi di immediatezza e di pubblicità delle udienze penali, posti proprio a garanzia del controllo che va assicurato a tutela della democrazia: almeno, ciò non sembra giustificato nei termini in cui vengano travolti completamente detti principi, come sembrerebbe inevitabile se si giungesse a stabilizzare una disciplina processuale che, almeno ai mie occhi, evoca le agghiaccianti immagini di alcuni film di fantascienza, dove i giudici si riuniscono a distanza e decidono della sorte degli imputati senza un confronto “faccia a faccia”. Sarebbe davvero singolare che, dopo le tante e ripetute affermazioni sul punto delle Sezioni unite e della Corte di Strasburgo, si volesse ora sminuire il valore di detti principi su cui, significativamente, si è già appuntata la reazione del ceto forense.

Analoghe considerazioni potrebbero svilupparsi in ordine alla conversione in trattazione scritta della oralità del processo: si potrebbe entrare più nel dettaglio, ma questo esulerebbe dai limiti dell’intervento e comporterebbe un’autonoma trattazione (invero di ciascuno di questi punti).

Maggiore interesse presenta, invece, nell’ottica di questo intervento, il tema della restrizione carceraria. Evidente lo stress interpretativo, questa volta *in bonam partem*, che devono patire le misure cautelari, l’esecuzione e i benefici penitenziari, stress in questo caso giustificato, a mio

avviso, nei limiti della temporaneità, dall’esigenza chiaramente proporzionata di non trasformare una custodia cautelare in carcere o una esecuzione di pena detentiva nel rischio di una sostanziale “condanna morte” dovuta al sovraffollamento, se non all’intrinseca impossibilità di mantenere il necessario distanziamento sociale. Prioritario diventa, infatti, evitare la tragedia della perdita di vite umane e il rischio di precipitare l’intera galassia penitenziaria in una sorta di inferno dantesco, con il rischio di rivolte a catena e con l’inevitabile pregiudizio anche della stessa tutela della collettività, alla cui salvaguardia sono in qualche modo finalizzate, fra le altre cose, le medesime misure restrittive.

Evidente l’incidenza che la tempistica nelle richieste di misure e nell’emissione di ordini di esecuzione può avere in situazione di eccezione come la presente, cui si connette anche, per garantirne un ragionevole scaglionamento o differimento, la problematica individuazione di una sorta di “scudo disciplinare” che – come già si discute per i medici – deve proteggere i magistrati in simili difficili scelte.

Estremamente interessante, anche per il metodo, è il recente documento in materia della Procura generale della Corte di cassazione in data 1° aprile 2020, che si caratterizza, oltre che per i contenuti (che in questa sede è impossibile esaminare), soprattutto per il metodo, che ritengo possa essere ricondotto a una forma di soft-law (proposte interpretative e operative, autorevoli ma non vincolanti) che fino ad ora vantava una cospicua esperienza in materia di cd. “norme tecniche”.

Quest’ultimo, a mio avviso, è un punto determinante che merita una riflessione.

6 I Limiti del diritto

Nel mondo della tecnica (e non solo) la rigidità delle norme di legge ha da tempo palesato i suoi limiti e si sono da tempo sperimentate forme di “normazione” differenti dalla tradizionale *hard law* che prevedono: una elaborazione della norma, intesa soprattutto come standard valutativo e guida operativa, che viene elaborata dal basso, attraverso una diretta partecipazione e interlocuzione tra gli *stake-holders*, sottoposta a continui *feed-back* (chiedo scusa per il diluvio di anglismi che consente però di fare uso di un linguaggio già codificato e sperimentato). Ciò consente adattamenti continui e progressivi sulla base dei risultati e degli avanzamenti che l’esperienza pratica consegna agli stessi *stake-holders*, i quali, dunque, si sottopongono “spontaneamente” alla regola in quanto essa, per i suoi contenuti, dimostra la sua efficacia e correttezza, noi potremmo dire, la sua “autorevolezza”, che non deriva dall’appartenenza a un

fonte gerarchico-formale, ma dall’essere frutto di una elaborazione comune che porta a risultati voluti dalla comunità interessata alla medesima.

In uno stato di eccezione, seppure “in senso debole”, per ovviare alle inevitabili difficoltà di un sistema processuale non certo pensato per operare in situazioni di pandemia, deve prendersi atto non solo che non tutto può essere “diritto”, ma anche che tanto meno “diritto” è necessario, quanto più si possa fare affidamento sull’autolimitazione e la spontanea osservanza di norme che si impongano a tutti gli interessati al processo per la solo loro necessità e ragionevolezza. Questo processo deve essere incentivato in questa fase, proprio per evitare che un sempre più massiccio uso della *hard law* processuale in tempi di eccezione – con l’inevitabile stress che le ordinarie categorie giuridiche subiscono proprio in considerazione della eccezionalità della situazione – porti a infettare il diritto processuale dello stesso virus che esso intende disciplinare e finisca per determinare una vera e propria “crisi del diritto” attraverso la possibile stabilizzazione di discipline che, giustificate dall’eccezione, non lo possono essere al di fuori di essa e, tanto meno, offrire modelli oltre i limiti della stretta “temporaneità”.

Credo che dunque il metodo della “soft law” nel senso sopra precisato debba accompagnare il tradizionale diritto processuale per evitarne una definitiva compromissione e che il metodo delle proposte interpretative elaborate in modo condiviso debba essere incentivato.

Al contrario, ritengo che si debba evitare ad ogni costo la stabilizzazione di discipline o prassi che, in quanto suggerite, dall’eccezione non possono offrire validi modelli al di fuori di essa e rischiano di farci arretrare rispetto alle garanzie e alle conquiste faticosamente realizzate in tutti questi anni.

7 Conclusioni

In conclusione vorrei delineare alcuni punti provvisori.

Lo stato di eccezione “in senso debole” non è e non deve essere lo stato di eccezione schmittiano.

L’importante è evitare qualsiasi mistificazione anche inconsapevole della realtà: quella che ci troviamo di fronte non è una delle tante emergenze che abbiamo dovuto affrontare, ma una situazione di “eccezione” che sottopone ad uno stress insopportabile le ordinarie categorie giuridiche.

La possibilità di una graduazione di diversi modelli di “eccezione” e la loro differenziazione dalla mera emergenza non è un’astratta congettura teorica, ma ha già modelli esistenti (si pensi ad

esempio all’art. 116 della Costituzione spagnola).

Lo stato di eccezione “in senso debole” – che si è sopra proposto, nell’impossibilità per i nostri costituenti di prevedere in origine un’apocalisse pandemica delle dimensioni che stiamo vivendo e che trova con difficoltà paragoni nella storia – è inteso proprio a salvaguardare la tenuta del “giuridico” in situazioni in cui il pericolo di una deriva autoritaria (forse già affacciatasi in altre esperienze statali e ordinamentali) deve essere scongiurato ad ogni costo.

Da qui l’idea di una disciplina nello stato di eccezione, in cui non siano sospesi autoritativamente il diritto o le libertà fondamentali, ma in cui la normazione incontri limiti peculiari specifici dell’eccezione, segnati dalle categorie (pur sempre costituzionali) della giustiziabilità e della proporzione (quest’ultima intesa anche in forma di temporaneità).

Per i giuristi, di fronte alla sfida di tempi così difficili, credo che due siano i rischi maggiori che possono correre: quello di incoraggiare derive autoritarie direttamente o quello di fingere che tutto sia normale, che significa incoraggiarle indirettamente.

Il senso di questo scritto è quello di evitare l’uno e l’altro atteggiamento. Se non ci sono riuscito me ne dispiaccio e me ne scuso.

La responsabilità che grava su tutti è, comunque, quella di parlare, discutere, dialogare, perché peggio di don Ferrante, che muore di peste prendendosela con le stelle, è ai miei occhi donna Prassede che, come dice Manzoni, quando si è detto che è morta di peste si è detto tutto.

**Senza intendere in alcun modo associarli alle mie posizioni, soprattutto agli eventuali errori da me commessi, desidero però ringraziare i professori Alessandro Bernardi e Massimo Donini per l’opportunità di dialogo che mi hanno concesso su questi temi*