

Senato della Repubblica – Commissione Giustizia

XVIII Legislatura

A.S. 1994 – Disegno di legge recante “*Conversione in legge del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, recante ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*”

Osservazioni

Prof. Avv. Davide De Lungo

Professore di Diritto Pubblico – Università San Raffaele

Roma – Via degli Scipioni n. 281

davide.delungo@uniroma5.it – 3382523203

● **Premessa**

Sono chiamato a rendere osservazioni al disegno di legge di conversione del decreto-legge 8 ottobre 2020, n. 137, recante “*Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (Decreto Ristori)*”. Nell’ambito delle disposizioni all’esame della II Commissione, soffermerò qui di seguito l’attenzione sugli artt. 4, 23, 24 e 25.

● **Sull’art. 4**

- L’art. 4 contiene due previsioni: da un lato, fissa al 31 dicembre 2020 il termine finale della sospensione delle procedure esecutive immobiliari aventi ad oggetto l’abitazione principale del debitore disposta dall’art. 54-ter del d.l. n. 18 del 2020 (termine destinato a

scadere, altrimenti, il 30 ottobre); dall'altro lato, dichiara “*inefficace ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare, di cui all'articolo 555 del codice di procedura civile, che abbia ad oggetto l'abitazione principale del debitore, effettuata dal 25 ottobre 2020 alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*”. La norma pone una serie di questioni meritevoli di un supplemento di riflessione:

- anzitutto, si segnala un'incongruenza fra la rubrica dell'articolo, ove si discorre di “*sospensione delle procedure esecutive immobiliari nella prima casa*”, e il corpo della disposizione, in cui la disciplina è riferita alla “*abitazione principale*” del debitore. Ora, come noto, prima casa e abitazione principale, sebbene possano di fatto coincidere, sono nozioni ben distinte, anche agli effetti del regime giuridico: per prima casa s'intende, appunto, la prima casa acquistata nel Comune; l'abitazione principale, invece, è il luogo in cui il soggetto ha la propria residenza o dimora abituale. Specie in considerazione dell'intensità del limite posto alla soddisfazione delle ragioni del creditore, è opportuno che il legislatore uniformi le dizioni, così da scongiurare ogni equivoco interpretativo;

- la previsione (peraltro, retroattiva) dell'inefficacia *tout court* delle procedure esecutive “*effettuate*” dal 25 ottobre alla data di entrata in vigore della legge di conversione appare irragionevolmente, e inutilmente, sbilanciata a danno del creditore. La *ratio* della previsione è chiara e condivisibile: evitare che nell'emergenza sanitaria il debitore si veda sottratta la sua abitazione principale. Tuttavia, per conseguire tale obiettivo non vi è bisogno alcuno di sanzionare con l'inefficacia assoluta e radicale l'intera procedura: è sufficiente, infatti, incidere sulla componente espropriativa, in ipotesi a mezzo di una sospensione, in continuità con quanto (più razionalmente) previsto dall'art. 54-ter del d.l. n. 18 del 2020; può (e anzi, ad avviso di chi scrive, deve) essere fatto invece salvo

l'effetto conservativo del pignoramento, poiché la sua caducazione, se da un lato sacrifica le ragioni del creditore, dall'altro non apporta alcun apprezzabile vantaggio in vista della soddisfazione dello scopo della norma;

- non è chiara la portata dell'espressione "*procedura esecutiva [...] effettuata*", centrale per stabilire l'ambito di operatività dell'inefficacia: per escluderla, è sufficiente che prima del 25 ottobre sia stato notificato l'atto di pignoramento, oppure è necessario che, sempre prima del 25 ottobre, siano state effettuate anche la relativa trascrizione o addirittura l'iscrizione a ruolo? Alla luce dell'impostazione prescelta dal legislatore, parrebbe che sia quest'ultimo il senso della disposizione, che ad ogni modo esige chiarimenti;

- qualche dubbio si pone anche in relazione alle modalità per far valere le questioni relative all'inefficacia delle procedure. Il mezzo più appropriato – ragionando in analogia con quanto avviene nel caso di azioni esecutive aventi ad oggetto beni temporaneamente impignorabili – pare essere l'opposizione all'esecuzione ex art. 615, comma 2, c.p.c. È auspicabile che pure tale profilo venga illuminato in sede di conversione.

● Sull'art. 23

- con riferimento alla materia penale (commi 2-5), va salutato con favore l'indirizzo teso a minimizzare l'applicazione degli strumenti da remoto, dopo un primo orientamento assai più comprensivo, che aveva, invece, suscitato vivissime critiche. Ciò vale sia per l'indagine (da apprezzare la possibilità per il difensore di opporsi nei casi in cui ne è prevista la partecipazione) che per il processo (essenziale la previsione che le disposizione in questione comunque "*non si applicano alle udienze nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti, nonché alle discussioni di cui agli articoli 441 e 523 del*

codice di procedura penale e, salvo che le parti vi consentano, alle udienze preliminari e dibattimentali?").

In sede di conversione, questa lettura “riduzionistica” del processo da remoto merita di essere preservata davanti a eventuali tendenze ri-espansive.

Ad avviso di chi scrive, la “dematerializzazione”, con la pretesa di svolgere indagini e dibattimento via etere, si pone in frizione, prima ancora che con puntuali previsioni della nostra Costituzione, con la stessa logica garantista che dovrebbe informare il procedimento penale in uno Stato di diritto. Come noto, l'accertamento dei fatti deve avvenire in contraddittorio, nel confronto ad armi pari fra accusa e difesa, dinnanzi ad un giudice terzo ed imparziale, che possa apprezzare direttamente (senza pre-giudizi o filtri) le tesi e gli elementi di prova; il processo telematico, in questa prospettiva, danneggia soprattutto la difesa, che proprio nel palcoscenico dell'aula può tentare di contrastare l'asimmetria di potere, la maggiore disponibilità di mezzi e la forza degli atti d'indagine della pubblica accusa. I principi di concentrazione, oralità e immediatezza che caratterizzano il processo accusatorio consentono tutta quella parte di conoscenza, apprendimento e valutazione legata al contatto (e al controllo) fisico, alla percezione sensoriale, alla comunicazione non verbale: una parte amplissima, e spesso addirittura decisiva, come dimostrano gli studi sia giuridici che psico-cognitivi, che viene del tutto cancellata o distorta tramite l'uso di strumenti a distanza. Il tono della voce, l'espressione del volto, il disagio o l'imbarazzo nella (e della) risposta – per citare alcuni esempi – costituiscono indici fondamentali circa la genuinità e attendibilità delle prove: gli strumenti telematici possono “inquinare” o frapporre mediazioni a elementi che devono necessariamente essere apprezzati dal vivo, in presenza.

Ferme queste considerazioni, in sede di conversione si può valutare l'estensione di una previsione che appare fondamentale, attualmente prevista solo per gli atti d'indagine da remoto, relativa alla garanzia in ogni caso per la persona sottoposta alle indagini “*di consultarsi riservatamente con il proprio difensore*”. Questo accorgimento dovrebbe essere esteso in via generalizzata anche al segmento processuale, a cominciare dalle udienze da remoto dei detenuti e dei custoditi.

Da considerare, parimenti, l'opportunità di indicare in maniera più puntuale quali sono le udienze per le quali può svolgersi la trattazione da remoto, così riducendo i margini d'incertezza posti, nel testo, da una perimetrazione esclusivamente in negativo;

- il comma 7, ritornando a quanto in origine prefigurato dall'art. 83, comma 7, del d.l. n. 18 del 2020, prevede che, per le udienze civili, “*il giudice può partecipare all'udienza anche da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario*”. Tale possibilità aveva sollevato – come noto – aspre polemiche, tanto da indurre un immediato correttivo già dal d.l. n. 28 del 2020, il quale ha ripristinato la necessaria presenza fisica del giudice civile in tribunale quando deve essere celebrata l'udienza da remoto. Di esigenze contrapposte si è invece fatto portavoce il Tribunale di Mantova, che con ordinanza 19 maggio 2020 ha sollevato questione di legittimità costituzionale dall'art. 83, comma 7, lett. f), del d.l. n. 18 del 2020, in relazione agli artt. 3, 32, 77 e 97 Cost. In somma sintesi – ad avviso del remittente – la disposizione da un lato creerebbe una disparità di trattamento ingiustificata rispetto a quanto previsto in altri settori processuali (a cominciare da quello penale, per il quale, peraltro, anche l'art. 24 del decreto Ristori prevede la necessaria presenza nell'ufficio dell'ausiliario del giudice, non del giudice stesso; per il processo amministrativo non vi sono limiti di presenza, continuando a operare l'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020); dall'altro

lato implicherebbe un rischio inutile per il diritto alla salute dei giudici, considerato che comunque questi, anche in ufficio, tengono l'udienza tramite i medesimi strumenti telematici e, in caso di assistenza, si avvalgono dell'help desk anch'esso da remoto. In attesa del pronunciamento del giudice costituzionale, occorre rilevare come la necessità o meno della presenza fisica del giudice in ufficio – in un'ottica pragmatica – sia tutta legata alla effettiva funzionalità delle piattaforme telematiche, dei servizi di assistenza e delle capacità operative dei devices impiegati da remoto dal giudice. Nella breve prassi applicativa, l'esperienza non è stata delle più soddisfacenti; si suggerisce, dunque, di subordinare il mantenimento della previsione a una verifica concreta circa l'attuale adeguatezza e sostenibilità tecnica di una “delocalizzazione” del giudice. Da valutare anche l'opportunità di omogeneizzare la scelta, qualunque essa sia, per i diversi settori processuali;

- il comma 10 stabilisce che le disposizioni dell'articolo si applichino “*in quanto compatibili*” anche all'arbitrato rituale. Ora, considerata l'elevata flessibilità delle forme che caratterizza la procedura arbitrale, e la possibilità da sempre ammessa di adottare meccanismi da remoto, sarebbe da chiarire in modo più concreto l'effettivo ambito operativo della previsione;

- da ultimo, ma non meno importante, si segnala l'utilità di conferire rilievo a situazioni di contagio, sospetto o accertato, che determinando, rispettivamente, l'obbligo di quarantena o isolamento, possono porre il difensore nell'impossibilità oggettiva di rispettare termini e scadenze. Situazioni, peraltro, sempre più frequenti, data la reticolare diffusione del virus in questa seconda ondata. In questa prospettiva, per la sua natura e morfologia, l'istituto che meglio si attaglia a soddisfare le esigenze appena descritte è

quello della remissione in termini. Si osserva, al riguardo, come già in via di prassi diversi tribunali abbiano cominciato a riconoscere le vicende in parola quale causa di remissione in termini; lo stesso legislatore, per il processo amministrativo, se ne è avvalso con l'art. 84, commi 5 e 7, del d.l. n. 18 del 2020.

Sul versante civilistico, sovviene l'art. 153, comma 2, c.p.c., ai sensi del quale *“la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini. Il giudice provvede a norma dell'articolo 294, secondo e terzo comma”*. Non pare dubbio che il contagio sospetto o conclamato, con le misure restrittive che essi impongono, possano essere assunti quali causa non imputabile.

Per quanto riguarda invece il dominio penale, le situazioni qui descritte potrebbero trovare sbocco nell'art. 175 c.p.p.: si potrebbe, in particolare, inserire una ulteriore previsione specificativa, volta a considerare quale forza maggiore il sospetto o conclamato contagio, visto il successivo periodo di quarantena e isolamento.

Ancora, per quanto riguarda il legittimo impedimento del difensore, l'art. 420-ter c.p.p. potrebbe essere modificato con un'aggiunta di un'previsione, al fine di riconoscere al difensore contagiato o sospetto positivo (e così pure, dell'imputato) il legittimo impedimento.

Nel codice del processo amministrativo, infine, la figura entro cui annoverare le vicende in parola potrebbe essere il *“grave impedimento di fatto”*, in presenza del quale il giudice può concedere ex art. 37 la remissione in termini.

In sede di formulazione delle disposizioni sulla remissione in termini, sarebbe opportuno orientarsi su due direttrici: da un lato, configurare la situazione di contagio come causa tendenzialmente automatica per la remissione; dall'altro lato, evitare distorsioni e usi

dilatatori, ancorandone l'operatività alla presentazione di comprovate giustificazioni (esigenza, a sua volta, da soddisfare coniugando profili tecnico-scientifici e riservatezza). L'ulteriore soluzione di circoscriverne l'applicazione ad atti e attività che non possano essere compiuti da remoto con strumenti telematici, senz'altro da valutare, dovrebbe tenere conto sia dell'eventuale impedimento fisico, per malattia, al compimento delle operazioni di studio e materiali necessarie, sia dell'infungibilità – in certi casi – del contatto diretto con l'assistito.

● **Sull'art. 24**

- Si deve valutare positivamente l'attribuzione di valore legale al deposito di atti del difensore mediante PEC, nell'ambito di una più ampia, e auspicabile, implementazione del processo penale telematico. In questa prospettiva, si suggerisce: i) di portare a regime almeno la previsione, ora solo transitoria, di cui al comma 4; ii) di delineare in sede attuativa maggiore uniformità a livello nazionale degli atti che possono essere depositati telematicamente, tenendo conto della capacità operativa dei singoli tribunali, e nell'ottica di un loro potenziamento in punto d'infrastruttura tecnologica. La prima ondata ha registrato fenomeni di “balcanizzazione” della giustizia da non ripetere; iii) di lavorare parallelamente anche su un sistema per l'accesso in digitale degli atti d'indagine e degli atti processuali: ciò non solo per ragioni di costo, ma anche di pronta consultazione, considerato che, nel contesto della pandemia, l'accesso ai tribunali è contingentato e rischia di determinare una significativa erosione del tempo utile per articolare difese e osservazioni.

● **Sull'art. 25**

- Con riferimento al processo amministrativo, la formulazione della disposizione ripropone il “dualismo” fra definizione cartolare del processo (che opera di *default*) e discussione da remoto (su istanza di parte o iniziativa del giudice), che già era emerso nei mesi scorsi dal combinato disposto dell'art. 84 del d.l. n. 18 del 2020 e dell'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020.

In sede di conversione, potrebbe cogliersi l'occasione per sciogliere due nodi interpretativi (sui quali, ad ogni modo, cfr. anche le “*Linee Guida del Presidente del Consiglio di Stato del 25 maggio 2020 sulle udienze da remoto con la partecipazione degli avvocati ex art. 4, d.l. n. 28 del 2020*”):

- a) quello del termine per fare opposizione alla richiesta di discussione in videoconferenza che non è espressamente indicato, così come non sono indicati i termini per deciderla da parte del giudice;
- b) quello dell'alternatività delle note di udienza (previste dall'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020) rispetto alla richiesta di discussione da remoto: il deposito di note è ammesso anche per quanti abbiano richiesto o acconsentito alla trattazione da remoto? La risposta pare positiva, considerando che, ad ogni modo, il difensore depositante è considerato presente in udienza. Sembra invece da escludere che le note possano essere utilizzate nel caso di trattazione cartolare, per la quale l'art. 25, comma 2, del decreto Ristori, prevede il passaggio in decisione allo stato degli atti, senza alcun riferimento a eventuali note, all'opposto di quanto era invece previsto dai commi 2 e 5 dell'art. 84 del d.l. n. 18 del 2020.