

CONVEGNI

OLIVIERO MAZZA

Diritto al silenzio e strategie elusive¹

Il diritto al silenzio è una garanzia obsoleta e in crisi di fronte alle nuove ideologie del processo penale efficientista a struttura marcatamente cooperativa.

The right to silence and elusive strategies

The right to silence is an obsolete guarantee in crisis in the face of the new ideologies of the efficientist criminal process with a markedly cooperative structure.

SOMMARIO: 1. La deriva efficientista. - 2. Il silenzio del nemico. - 3. Al cuore dell'efficienza. - 4. I fattori di crisi. - 5. La sconfitta del modello garantista.

1. *La deriva efficientista.* Il titolo del nostro convegno racchiude in sé un paradosso. I due pilastri dell'autodifesa interagiscono fra loro nel processo penale come forze opposte: il consenso, sotto forma di desistenza sempre più generosamente premiata, elide gli spazi dell'autodifesa passiva, intesa come mancata collaborazione all'accertamento. Una loro azione sinergica è praticamente impossibile, in un gioco di vasi comunicanti, laddove si espanda l'uno, l'altro è destinato a contrarsi.

Di questo paradosso si è strumentalmente avvalso, in modo non certo inconsapevole, l'ultimo legislatore processuale.

Il sistema uscito trasfigurato dalla "riforma Cartabia" si caratterizza, infatti, per una evidente distorsione finalistica dello strumento processuale, inteso non più come limite all'autorità procedente, assiologicamente orientato tanto alla tutela dei diritti fondamentali quanto alla funzione cognitiva imposta dalla presunzione d'innocenza, ma quale congegno di pressione sull'imputato volto a raggiungere l'obiettivo efficientista del taglio lineare delle pendenze. Fine che ha giustificato i mezzi ispirati alla logica di una rinnovata inquisizione dai modi soavi² e dalle evidenti venature morali.

L'apparente mitezza processuale delinea i tratti essenziali di un sistema neo-inquisitorio che si caratterizza per una premialità così esasperata da divenire per l'accusato uno stimolo irresistibile alla volonterosa cooperazione, scelta

¹ Testo della relazione svolta al Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "G. D. Pisapia" dal titolo *I due pilastri dell'autodifesa: diritto a non collaborare e manifestazioni del consenso*, Roma, 19-21 ottobre 2023.

² Secondo la felice espressione coniata da PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 529 ss.

da iscriversi nel più ampio contesto di un'analisi costi/benefici che deve tener conto anche del contestuale abbassamento delle garanzie dibattimentali e della compresenza del ben rodato armamentario tradizionale, che va dalla custodia cautelare in funzione di punizione anticipata all'ampliata area della non punibilità per il ravvedimento operoso.

L'elemento di maggior originalità di questa riedizione inquisitoria è individuabile nella diversa finalizzazione della collaborazione dell'imputato che non viene più cercata tanto in chiave probatoria, come storicamente è sempre accaduto, quanto per ottenere il nulla osta alla rapida definizione del procedimento, a prescindere dall'accertamento di fatti e responsabilità e, quindi, dalla questione conoscitiva.

Il processo a collaborazione necessitata viene così concepito quale mero strumento di smaltimento del carico pendente, fondato sulla scelta potestativa dell'imputato adeguatamente incentivata.

Al profilo dispositivo, inteso in senso sostanziale, facendo quindi riferimento alla disponibilità dell'oggetto del processo più che dei mezzi di prova, si accompagna fisiologicamente una ricostruzione dello strumento processuale in chiave privatistica, quale metodo di risoluzione dei conflitti interindividuali, dimensione ben rappresentata dalla parossistica ricerca di persone offese surrogate anche in reati che non offendono precisi interessi soggettivi.

Appare incontestabile il superamento delle categorie tradizionali per cui il processo inquisitorio era la massima espressione della potestà punitiva statale incentrata sulla indisponibilità della materia penale e sulla indefettibilità dell'accertamento di responsabilità, magari condotto con esperimenti probatori spicci, dal ridotto tasso di garanzie.

Il sistema neo-inquisitorio vira nettamente verso una giustizia penale privatizzata e altamente monetizzata, nella piena disponibilità delle parti, intrisa di opzioni morali, dall'apparenza suadente.

L'efficienza, concetto di relazione lasciato volutamente indefinito, ma assunto a taumaturgico obiettivo dell'ultima riforma, si raggiunge mediante il proporzionale distacco dal concetto di giustizia fondato sulla verità quantomeno giudiziale.

Questo è, in ultima analisi, il prezzo pagato sull'altare del PNRR e dell'orribile neologismo dell'efficientamento processuale: un processo senza verità, senza giustizia, incentrato sulla fuga premiata dalla cognizione giurisdizionale e sulla piena disponibilità di una materia che, almeno formalmente,

rimane governata dal principio di stretta legalità, in una parola, la negazione del processo.

La crisi del modello di accertamento cognitivo garantito va di pari passo con il completo disfacimento di ogni regola, con il crepuscolo ormai irreversibile della legalità tanto sostanziale quanto processuale, ma fenomeni di così larga portata meriterebbero ben altro approfondimento, impossibile in questa sede in cui è richiesto di concentrarsi sulla singolare parabola di un'antica garanzia: il *nemo tenetur se detegere*³.

2. *Il silenzio del nemico*. Nello scenario del processo neo-inquisitorio, il diritto al silenzio si presenta come una garanzia stanca, logora, sostanzialmente anacronistica. La “soave inquisizione”, nel suo nuovo allestimento efficientista, non richiede una collaborazione confessoria, postulando piuttosto la desistenza ovviamente premiata, la piena disponibilità a negoziare la chiusura della partita processuale senza la celebrazione del processo.

La quesizione cognitiva passa così in secondo piano e con essa l'atteggiamento che può assumere l'accusato in qualità di fonte di prova. Quello che conta è definire il carico pendente, senza bisogno di accertare alcunché, come avviene paradigmaticamente negli esiti prodotti dal patteggiamento, dalla messa alla prova e dalla particolare tenuità del fatto, quest'ultima solo apparentemente fondata su un accertamento della condotta e della sua scarsa offensività, ma nella prassi impiegata in modo sbrigativo per liberarsi degli affari semplici.

Il diritto al silenzio risulta, pertanto, eccentrico rispetto al nuovo modello di mera deflazione senza cognizione, al punto che l'apporto conoscitivo dell'accusato non viene più nemmeno preso in considerazione, contando solo l'espressione di contrita volontà (consenso) necessaria per avallare la scelta del rito alternativo e per garantirsi la benevolenza legata alla presunta respicenza.

Nel soppesare la marginalità delle garanzie non bisogna però farsi fuorviare dalla recente presa di posizione della Corte costituzionale che sembrerebbe rivitalizzare un istituto obsoleto, come l'avvertimento della facoltà di non ri-

³ Per l'accurata ricostruzione storica della matrice garantista del principio, si rinvia all'intramontabile opera di GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 5 ss.

spondere, da inserire anche nel corso dei preliminari dell'interrogatorio⁴. Per comprendere l'impatto trascurabile di tale decisione è sufficiente ricordare come la stessa porti tardivamente a compimento un percorso ermeneutico già delineato cinquant'anni fa dalla stessa giurisprudenza costituzionale⁵.

Anche la più recente pronuncia, certamente molto limitata nelle sue potenzialità applicative, conferma l'atavica ritrosia del Giudice delle leggi nel riconoscere il fondamentale diritto di mentire quale componente essenziale del diritto di autodifesa, perfino in ordine alle generalità e alle altre informazioni sulla identità personale che possono concretamente mettere in gioco la responsabilità penale, si pensi, a puro titolo esemplificativo, a un'accusa per il delitto di sostituzione di persona⁶.

Il silenzio rimane uno scudo insufficiente che non copre le strette generalità, mentre il mendacio risulta non punibile solo se non preceduto dall'avvertimento circa la facoltà di non rispondere alle ulteriori domande ex art. 21 norme att. c.p.p., come se il silenzio fosse realmente un'alternativa utile in chiave difensiva.

Una soluzione timida e compromissoria che finisce, in una paradossale nemesi, per svilire quella componente essenziale dell'autodifesa rappresentata dalla facoltà di mentire ogniqualvolta tale contegno sia direttamente collegato all'esercizio del diritto inviolabile di difesa.

La questione dogmatica, tuttavia, perde di interesse di fronte alla constatazione che oggi il diritto al silenzio è una garanzia la cui rilevanza va di pari passo con la sua scarsissima applicazione pratica.

Occorre, quindi, indagare, come suggerisce il titolo della relazione, le strategie elusive che, in realtà sono ormai i tratti endemici di un assetto processuale in cui, nel gioco dei vasi comunicanti sopra ricordato, l'imputato è indotto a una collaborazione pressoché inevitabile.

Di fronte al variegato quadro della premialità processuale delineato dalla riforma Cartabia, l'interprete non può limitarsi alla mera considerazione esegutiva delle nuove disposizioni, ma deve interrogarsi sul loro significato e sulla funzione che assumono all'interno del sempre più complesso sistema penale. Il combinato disposto non indica con chiarezza la traiettoria che si è intrapre-

⁴ Corte cost., 6 aprile 2023, n. 111.

⁵ Cfr. Corte cost., 6 maggio 1976, n. 108.

⁶ In proposito, v. più diffusamente MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 111 ss.

sa, la trama della riforma si può cogliere solo in filigrana e nel suo insieme. Non si tratta, infatti, di un'estensione unicamente quantitativa della premialità, peraltro già generosamente presente nel sistema, non mutano esclusivamente le dimensioni del fenomeno, ma entra in gioco un profilo qualitativo, una diversa direzione finalistica che ho già definito il processo penale del nemico⁷.

Il nemico non si combatte più con le armi obsolete dell'asprezza della repressione penale. I nuovi congegni bellici sono tutti volti ad incentivare la desistenza premiata, quei comportamenti remissivi che centrano perfettamente il bersaglio di una riforma disarmante nella sua prospettiva economico-aziendalistica secondo cui il processo più efficiente e breve è quello che non si celebra.

Per il legislatore efficientista la materia penale è ridotta a un conflitto interindividuale, anche quando vede protagonista lo Stato, che si risolve spingendo l'imputato a comportamenti successivi al reato, ma specularmente antitetici rispetto a quelli puniti, il tutto condito da una connotazione morale sempre più pervasiva che va addirittura oltre la pura respicenza, come dimostra la contestuale introduzione della giustizia riparativa.

L'attenuazione o l'esclusione della responsabilità si prospettano così in conseguenza del ravvedimento e della desistenza che operano in modo sinergico quali alternative alla difesa. Apparati scenici inediti in cui l'imputato non è più posto dinanzi a libere scelte autodifensive, ma a un vero e proprio dilemma del nemico.

Il rinnovato assioma inquisitorio segue cadenze precise.

La colpevolezza è un dato già accertato dalle indagini unilateralmente condotte dalla polizia giudiziaria sotto il controllo sempre più lasco del pubblico ministero, mentre il giudizio serve solo per dare soddisfazione all'eventuale pretesa vendicativa della vittima e per instradare l'accusato verso una giusta punizione, condizionata dalle sue scelte processuali che, più saranno arrendevoli, più gli garantiranno un trattamento di favore.

Si delinea in tal modo il dilemma del nemico chiamato a scegliere fra la desistenza premiata o la resistenza punita. Il processo nelle forme dibattimentali diviene il luogo della rinuncia a una premialità esasperata e di un rischio penale la cui concretezza è direttamente proporzionale alle limitazioni imposte all'oralità, al contraddittorio e all'immediatezza.

⁷ MAZZA, *Ideologie della riforma Cartabia. La Procedura penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 481 ss.

Non è difficile comprendere come in questo contesto l'autodifesa, in tutte le sue forme, trovi spazi sempre più angusti, ma soprattutto richieda per il suo esercizio il pagamento di un prezzo anticipato sotto forma di rinuncia ai ponti d'oro garantiti al nemico che fugge.

L'imputato che si difende è nemico dell'efficienza, così come l'imputato pericoloso, ad esempio il mafioso (*rectius*, l'accusato di essere mafioso), è il nemico da combattere con ogni mezzo processuale.

Il processo penale del nemico è una realtà normativa che ci si ostina a voler ignorare, magari invocando le inevitabili differenze con la teoria del “*diritto penale del nemico*” (*Feindstrafrecht*) elaborata, sul piano sostanziale, da Günther Jakobs⁸.

A ben vedere, però, anche nel processo penale vi sono gli imputati *im recht*, che sono ammessi a godere delle garanzie dello Stato di diritto, e gli imputati *nemici* (*Feinde*), per i quali le fondamentali garanzie costituzionali, a partire dalla presunzione d'innocenza e dal diritto di difesa, sono sospese in ragione del titolo di reato loro ascritto.

Il passaggio dai tipi d'autore ai tipi di imputato è molto breve.

La soggettivizzazione del processo penale per tipi d'imputato determina regole differenziate d'accertamento, i cosiddetti binari processuali. Inutile dire che le regole processuali costruite in rapporto di proporzionalità inversa con la gravità del reato sono il paradigma culturale di un sistema in cui si danno per scontate la natura criminale e la pericolosità dell'imputato, a prescindere dall'accertamento della responsabilità per il fatto addebitato, al punto tale da giustificare una generalizzata attenuazione delle garanzie e l'esigenza di una punizione anticipata mediante automatismi cautelari. Il processo cambia radicalmente la sua funzione, non più mero e neutrale accertamento, ma mezzo di controllo sociale atipico gestito direttamente dalla magistratura inquirente.

Il doppio binario è stato passivamente accettato dalla dottrina prevalente, nonché dalla unanime giurisprudenza a tutti i livelli, sul presupposto della sua eccezionalità. A prescindere dalla contestabile scusante dello stato d'eccezione, che non trova alcun riscontro nel testo della Costituzione, laddo-

⁸ JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehretagung in Frankfurt am Main 1985)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, 753 ss.; ID., *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, a cura di Eser - Hassemer - Burkhardt, Monaco, 2000, 51 ss.

ve diritti e garanzie sono riconosciuti indistintamente a ogni imputato e non possono essere sospesi in ragione di uno stato di emergenza che, ove esistente, sarebbe di tipo permanente nel nostro Paese, la forza espansiva del processo per tipo d'imputato ha ben presto rotto gli argini della presunta eccezionalità, diffondendosi come una metastasi nel corpo del processo penale.

Il processo ai mafiosi è così diventato l'archetipo e, al tempo stesso, il paradigma deviante per altre categorie di presunti criminali, dai *sex offenders* fino alle violenze domestiche, passando per tipologie eccentriche come i delinquenti informatici.

Tuttavia, è la riforma Cartabia ad aver imposto la procedura penale del nemico come modello ideologico-culturale universale, declinandola in forme probabilmente meno sfacciate rispetto ai tradizionali binari differenziati, ma, proprio in ragione del volto apparentemente suadente, ancor più insidiose⁹.

Se finora il processo penale del nemico era pensato come rozzo strumento punitivo in chiave special preventiva, in palese spregio della presunzione di non colpevolezza, con la riforma efficientista si è registrato un raffinato salto di qualità, il nemico non è più l'imputato pericoloso, ma l'imputato che si difende è un pericolo per l'efficienza e va quindi trattato come nemico.

3. *Al cuore dell'efficienza.* Per un verso, si è affermata l'idea che l'accertamento di colpevolezza riposi sulle determinazioni del pubblico ministero, mentre il processo è un'eventualità tanto inutile quanto perniciosa, costituendo l'ostacolo fra la colpevolezza presunta e la pronta punizione. Per altro verso, la difesa attiva, ossia diversa dalla mera negoziazione sulla pena, viene considerata un caso mal riuscito che va contenuto con lo strumentario ben sperimentato dalla giurisprudenza, composto da vuoti e rigorosi formalismi, oggi anche di natura tecnologica, oneri del tutto ingiustificati, termini giurulatori, decadenze, inammissibilità.

La procedura penale del nemico, inteso a questo punto come l'imputato in quanto tale, alla cui posizione viene indebitamente assimilata quella del complice processuale identificato nel difensore, ha portato a pieno compimento il disegno eversivo del processo accusatorio, un progetto di lontana ascendenza, coltivato già all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1989 quando si

⁹ Cfr. MAZZA, *Prolegomeni di un giusto processo penale*, in *questa Rivista*, 2023, 3, 17; Id., *Ideologie della riforma Cartabia: la Procedura penale del nemico*, cit., 481 ss.

lamentava l'inefficacia della nuova disciplina nel contrasto dei fenomeni criminali.

Qualcuno forse lo ha dimenticato, ma uno dei padri della riforma, Gian Domenico Pisapia, fu costretto a difendere il neonato codice dall'accusa di garantismo [*sic!*] e di essere strumento inadatto a combattere la criminalità organizzata, ricordando «che il problema del cosiddetto 'garantismo', inteso come ostacolo alla lotta alla criminalità, è un falso problema ... il codice di procedura penale non può che essere, per definizione, garantista, se tale espressione si intenda nel suo corretto senso: perché il processo penale è, per sua stessa natura, un complesso di garanzie»¹⁰.

Il modello del processo del nemico, prima per tipo di imputato poi per *status* generalizzato, è la negazione della stessa funzione conoscitiva imposta dalla presunzione d'innocenza.

Si dà per scontato che certi imputati siano pericolosi per il semplice fatto di essere accusati dal pubblico ministero di reati che destano allarme sociale, a prescindere da ogni serio accertamento in ordine alla fondatezza dell'accusa. Il nemico è quindi ritenuto tale sulla base di un'inaccettabile duplice presunzione di colpevolezza e di pericolosità, da cui discendono conseguenze necessitate: deve essere punito anticipatamente mediante l'applicazione pressoché obbligatoria della custodia cautelare in carcere (art. 275, comma 3, c.p.p., magari aggravata ai sensi dell'art. 41-*bis* ord. penit.), non gli è riconosciuto il pieno diritto alla prova (art. 190-*bis* c.p.p.), viene giudicato sulla base di sentenze emesse in altri processi (art. 238-*bis* c.p.p.), può essere intercettato pressoché *ad libitum* (art. 13, D.L. 13 maggio 1991, n. 152), non ha il diritto di essere presente alle udienze del suo processo (art. 146-*bis* norme att. c.p.p.), potendo solo collegarsi dalla postazione remota in carcere, non ha alcuna tutela per la durata irragionevole del suo processo, subendo termini di prescrizione eccessivamente dilatati e del tutto irrealistici, non compensati nemmeno dall'improcedibilità cronologica. Alle condizioni di minorata difesa si accompagna poi l'esclusione dalla gran parte della premialità processuale, mentre la dissociazione dai supposti contesti criminosi di riferimento rimane la condizione unica per accedere a possibili mitigazioni del trattamento sanzionatorio.

¹⁰ PISAPIA, *Introduzione*, in *Il codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni, prospettive*, Milano, 1994, 26-27.

La procedura penale per tipo di imputato, introdotta senza particolari resistenze nei primi anni di vita del codice, ha trovato, come detto, terreno fertile per espandersi nelle direzioni più disparate, incidendo sul versante culturale prima che normativo, preparando il terreno per la generalizzata diffidenza verso la difesa che anima la più recente riforma efficientista. C'è un filo rosso, una comune matrice ideologica che lega gli interventi emergenziali dei primi anni 90 che hanno sfigurato il neonato codice di rito e il furore efficientista post pandemia: la presunzione di colpevolezza che porta con sé l'idiosincrasia per le garanzie processuali.

La parabola del processo d'eccezione a carico dei presunti mafiosi dovrebbe far riflettere sul fatto che ogni cedimento in ordine a regole e principi di garanzia è destinato prima o poi a divenire il modello per ulteriori riforme dello stesso segno. Bisogna ammettere che la procedura penale del nemico non solo riscuote un fascino perverso presso l'opinione pubblica scossa dalle pulsioni giustizialiste, ma si accredita anche quale mezzo di semplificazione delle attività complesse, come l'accertamento di colpevolezza nel contraddittorio fra le parti, che richiedono tempi ragionevolmente lunghi, fornendo, in ultima analisi, una pronta risposta al crimine che elimina l'unico ostacolo alla pena: il processo.

Questo riduzionismo processuale va combattuto, in primo luogo, sul piano ideologico, anche con apparenti provocazioni, come quella di contrapporre alla tensione efficientista del processo breve il principio, questo sì saldamente costituzionale, di ragionevole lentezza del processo (*slow trial*), imposto dall'esigenza di garantire una difesa effettiva¹¹, anche nei gradi di impugnazione.

L'imperante retorica efficientista ha sempre invocato la ragionevole durata del processo alla stregua di un taumaturgico principio da cui trarre l'unico possibile corollario costituito dall'abbreviazione dei tempi, a discapito delle garanzie. Si tratta di un voluto e strumentale fraintendimento, necessario per fornire apparente copertura costituzionale alla procedura penale del nemico nell'ottica di un indebito bilanciamento di valori che vede prevalere la contrazione di tempi e garanzie sul diritto tiranno e inviolabile di difesa.

Il principio costituzionale (art. 111, comma 2, Cost.), se rettamente inteso, implica, invece, che l'accertamento duri tutto il tempo ragionevolmente ne-

¹¹ Si pensi, ad esempio, ai tempi, del tutto insufficienti, concessi alla difesa dopo la *discovery* ex art. 415-bis c.p.p. o dinanzi a una richiesta di giudizio immediato custodiale avanzata dal pubblico ministero.

cessario per la piena attuazione del “giusto processo”, con la conseguenza che bisognerebbe sempre avere l'accortezza, anche linguistica, di parlare di ragionevole durata del giusto processo, coniugando soggetto e predicato, dando così risalto al fatto che il principio si inserisce in un contesto ben preciso, quello delineato dell'intero art. 111 Cost.

Nell'insieme delle garanzie del giusto processo, la legge assicura che «ogni accusato disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa» (art. 111, comma 3, Cost.), previsione da cui si può agevolmente trarre il corollario della ragionevole “lentezza” del processo, in funzione delle esigenze difensive¹².

Lasciando da parte apparenti provocazioni e paradossi, è innegabile che il principio costituzionale non postuli in sé la brevità dell'accertamento processuale e neppure la sua abbreviazione, ma solo una durata, più o meno estesa, ragionevolmente parametrata sul pieno soddisfacimento di una esigenza cognitiva assiologicamente orientata al rispetto di tutte le garanzie della difesa.

4. *I fattori di crisi.* Torniamo al tema delle strategie elusive, intese come fattori di crisi della storica garanzia del *nemo tenetur se detegere*.

La principale contropinta rimane la struttura marcatamente cooperativa dell'attuale processo neo-inquisitorio che mal si concilia con la resistenza difensiva, alla quale si ricollega direttamente la funzione sempre più simbolica del procedimento che postula la punizione anticipata del presunto colpevole, dunque l'uso strumentale della custodia cautelare, ormai socialmente accettato in chiave repressiva, al quale l'interessato può opporsi solo mediante una piena collaborazione accompagnata dalla rivisitazione critica delle proprie azioni.

Vi sono, però, almeno altri quattro fattori che erodono l'idea stessa dell'autodifesa passiva.

Il primo è rappresentato dall'abuso dei mezzi di tecnologici di ricerca della prova che rende del tutto irrilevante il contributo narrativo dell'imputato. Grazie alla capacità pervasiva delle nuove tecniche investigative, che superano ogni barriera della vita privata, gli inquirenti dispongono già di tutte le infor-

¹² Il principio di ragionevole lentezza del processo merita certamente un adeguato approfondimento scientifico, ad oggi mancante nel panorama della dottrina processualpenalistica. Alcuni interessanti spunti sono forniti da CAVALLONE, *La borsa di miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, 2016, 77 ss.

mazioni necessarie e non hanno certamente bisogno di ottenerle mediante interrogatorio. Basti pensare alla mole di informazioni ricavabili da uno smartphone o alla captazione costante consentita dal *trojan*. Il diritto al silenzio non è opponibile ai mezzi di ricerca della prova.

Il secondo sono le neuroscienze, intese come strumento di controllo della parola e del pensiero dell'imputato al quale, nella prossima evoluzione della inquisizione scientifica, non verrà più riconosciuto il diritto alla libertà morale nella autodeterminazione delle scelte difensive. Il controllo della psiche dell'accusato non è più uno scenario distopico da consegnare alla rappresentazione di una realtà immaginaria del futuro, ma un progressivo consolidarsi dello studio del comportamento dell'accusato che già oggi si delinea come una etologia processuale di carattere neopositivistico.

Il tema verrà approfondito da un'altra relazione, per cui mi limito ad osservare che la diffusa esaltazione del progresso scientifico, pensiamo ai possibili usi della intelligenza artificiale in ambito giudiziario, porterà alla cancellazione di ogni barriera autodifensiva. Per arrestare la deriva scienziata già in atto, il cui irresistibile *appeal* è testimoniato anche dal crescente numero di studi condotti nella nostra materia, dovremmo subito riaffermare, senza ulteriori indugi, una scelta che trascenda la gnoseologia giudiziale e che si radichi sul terreno di quell'etica che si pone in linea di continuità con la tradizione affermata nell'illuminismo e che allora portò all'abolizione della tortura come strumento di conoscenza.

Quando la neuroscienza dimostrerà la sua infallibile capacità di sondare l'interno psichico della persona accusata, sarà troppo tardi per fermare un metodo inquisitorio validato dalla garanzia scientifica che lo strumento misuri effettivamente il fenomeno che si vuole valutare, ossia dalla capacità di estrarre il preciso ricordo dalla mente dell'imputato.

Il terzo fattore di crisi è il sempiterno abuso della custodia cautelare in funzione punitiva, declinato sul nuovo paradigma della meritevolezza della libertà personale. Per reati di una certa gravità è un dato comunemente accettato che l'imputato non possa partecipare in libertà al processo, dovendosi guadagnare questo *status* di uomo libero attraverso una piena collaborazione. Si pensi al doppio binario cautelare che segna non solo la più evidente distorsione finalistica dello strumento processuale, ma che dispensa le garanzie in proporzione inversa rispetto alla gravità delle accuse e che impone condizioni di minorata difesa proprio a chi è più esposto al rischio penale.

Nella logica dell'eccezione alla presunzione d'innocenza si saldano così l'esigenza di pronta risposta repressiva con l'uso della carcerazione preventiva obbligatoria quale mezzo di coazione a confessare e la concessione della libertà provvisoria in funzione premiale (il voluto richiamo alle categorie del codice del 1930 è più che mai pertinente all'attuale sistema).

Quarto ed ultimo fattore è quello che in qualche modo li abbraccia tutti: la responsabilità morale dell'imputato che ne cancella la libertà morale. Sembra un gioco di parole, ma il silenzio e l'autodifesa sono esclusi in radice da un processo che spinge verso la composizione del conflitto interindividuale secondo lo schema confessione-resipiscenza-riparazione-perdono.

Se il diritto penale perde la sua laicità e concede ospitalità alla morale, per la difesa non c'è più spazio. L'innesto della giustizia riparativa nel processo penale fa tornare alla mente la concezione medicinale della pena che descriveva l'imputato che tace, che non ammette fatti e responsabilità e che si oppone alla riparazione, come un malato che nasconde la sua malattia¹³.

Il programma di cui il giudice o il pubblico ministero dispongono d'ufficio l'avvio presenta una indiscutibile finalità di carattere etico: responsabilizzare l'imputato e riconoscere la vittima (art. 43 comma 2 d.lgs. n. 150 del 2022).

Non c'è nulla di più etico che indurre qualcuno ad assumersi la responsabilità per un reato e, al tempo stesso, distinguere, in un preciso ruolo, chi è stato costretto a soccombere all'altrui condotta. Assunzione di responsabilità e riconoscimento delle ragioni altrui, distinguere fra bene e male, delitto e perdono, sono tutte categorie di un giudizio morale che viene affidato a «un saggio mediatore - psicoanalista o parroco più che giurista - come tale attento alla persona e all'anima delle parti più che alle loro contrapposte ragioni di fatto e di diritto»¹⁴.

Se il reato è (mal)inteso quale rottura di un rapporto interindividuale che deve essere ricomposto, il carattere puramente penitenziale della giustizia riparativa è rappresentato in modo plastico dalla vittima surrogata, una specie di "inginocchiatoio" messo a disposizione dell'imputato nel caso in cui la vittima del reato non esista o non voglia partecipare al percorso riparativo.

¹³ CARNELUTTI, *Il problema della pena*, Roma, 1945, *passim*; ID., *La lotta del diritto contro il male*, in *Foro it.*, 1946, IV, 1 ss.; ID., *Meditazioni sull'essenza della pena*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1955, 3; ID., *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 16-17.

¹⁴ CAVALLONE, *Le prove nel nuovo millennio. Programmi per il passato*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 526.

La giustizia riparativa sovrappone, inevitabilmente e volutamente, il piano del diritto con quello della morale. La laicità del diritto penale è però una conquista di civiltà alla quale non si può rinunciare a cuor leggero senza avere ben presente che «la giustizia che insegue l'etica è espressione di uno stato autoritario»¹⁵.

Finora il reato è stato considerato come violazione di norme legali poste a tutela di beni costituzionalmente rilevanti, con approccio laicamente ispirato all'accertamento cognitivo di un fatto tipico e alla conseguente irrogazione di una pena volta alla rieducazione, intrepresa come rivisitazione critica delle pregresse condotte criminali tale da condurre alla futura osservanza delle leggi.

La giustizia ripartiva, al contrario, intende il reato come un fatto privato che non riguarda il rispetto delle regole sociali e che non attiene all'attuazione di scelte politiche, ma che incide principalmente sulla vita delle persone nell'ottica di un conflitto interindividuale¹⁶. Una concezione privatistica e relazionale del diritto penale che cambia «la grammatica e la sintassi del reato per effetto della sua trasfigurazione da categoria giuridica a evento psicosociologico»¹⁷.

La giustizia riparativa, intesa come catarsi dal reato e come ricostruzione dei rapporti con la vittima e con la comunità, non trova riscontro in un sistema penale, quale quello vigente, in cui la condotta antisociale e deviante oggetto di incriminazione non sempre è determinata dalla rottura di relazioni umane, basti pensare ai reati di pericolo astratto o a quelli che ledono interessi collettivi o comunque sovraindividuali.

A ciò si aggiunga che sarebbe del tutto improprio, nonché costituzionalmente eccezionale, attribuire alla giustizia penale lo scopo di favorire la riconciliazione fra autore del reato e vittima o la ricostituzione dei legami con la società. Si tratta di una «visione irenica e aconfittuale della società, di verosimile matrice religioso-comunitarista o in ogni caso di ispirazione umanista, tale per cui asurge a valore prioritario il recupero del legame personale e sociale che il reato avrebbe spezzato»¹⁸.

¹⁵ CASSANO, *Processo mediatico, paletti ai pm e governo. Parla Margherita Cassano*, in *Il Foglio*, 14 marzo 2024.

¹⁶ Sono più che mai attuali le categorie concettuali teorizzate da DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo* (1986), trad. it., Bologna, 1991, 173 ss.

¹⁷ FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024, 142-143.

¹⁸ FIANDACA, *Punizione*, cit., 150.

La riconciliazione personale e di comunità è intrisa di innegabili connotazioni morali che, nel modello costituzionale di una società laica e pluralista, non possono assurgere a valore superiore della giustizia penale.

La riparazione, inoltre, non coincide con la rieducazione alla quale le pene devono tendere ai sensi dell'art. 27 comma 3 Cost. Vi è una profonda diversità fra i due concetti e va sfatato anche questo mito artificioso. La rieducazione, peraltro solo tendenziale, è il portato della laicità del diritto penale e postula che il condannato abbia condotto una rivisitazione critica della sua azione che consenta di escludere un pericolo di recidiva, a prescindere dai rapporti con la vittima o con la comunità di riferimento.

Al contrario, attribuire alla pena una finalità riparativa significa corrompere il paradigma laico della rieducazione, postulandone una componente etica che si sviluppa proprio sul versante delle manifestazioni di interesse e di sensibilità nei confronti della vittima o del suo surrogato. Sarebbe un gravissimo arretramento rispetto alle conquiste di civiltà raggiunte, anche nella fase esecutiva, da quella giurisprudenza che scinde nettamente la rieducazione da ogni altra componente morale rappresentata da scuse o richieste di perdono rivolte alla persona offesa¹⁹.

Alla matrice moralizzante si accompagna, quasi paradossalmente, una evidente curvatura per «scopi tecnocratico-efficientisti, cioè finalizzati a deflazionare la macchina giudiziaria attraverso una definizione più rapida e informale di vicende delittuose di minore gravità»²⁰, come quelle contenute nel perimetro dei reati procedibili a querela per i quali il nuovo procedimento incidentale surroga appieno il giudizio di cognizione appaltato agli operatori sociali.

La giustizia riparativa presenta, quindi, matrici ideologiche complesse che vanno dalle istanze solidaristiche e comunitariste di ascendenza cattolica fino alla strumentalizzazione in chiave efficientista dell'accertamento penale, il tutto però unificato da una evidente incoerenza con i principi costituzionali della presunzione d'innocenza, del diritto di difesa, della laicità del diritto penale e della finalità tendenzialmente rieducativa della pena.

L'indebita sovrapposizione fra diritto e morale produce riflessi accecanti sulle garanzie, anche all'interno dello stesso procedimento incidentale della giustizia riparativa.

¹⁹ Cfr., ad esempio, Cass., Sez. 1, 7 maggio 2021, Rv. n. 281360-01.

²⁰ FIANDACA, *Punizione*, cit., p. 157.

Cade, anzitutto, la presunzione d'innocenza, annichilita dalla scelta del giudice di inviare - non invitare, come spesso si sostiene con bischizzo intenzionale -, l'imputato ai centri appositamente istituiti per la sua responsabilizzazione e per il contestuale riconoscimento della vittima *ex art. 43 comma 2 d.lgs. n. 150 del 2022*.

Come si può imporre "d'ufficio" la riparazione se non si è convinti della rottura determinata dal reato attribuito all'accusato?

Se la presunzione d'innocenza è vilipesa, non va meglio per il diritto di difesa del tutto conculcato: da un lato, l'imputato è chiamato a responsabilizzarsi (art. 43 comma 2 d.lgs. n. 150 del 2020), ossia a tenere un contegno autodifensivo remissivo, dall'altro, il suo difensore è escluso dal tavolo della mediazione.

Non si comprende per quale ragione tutti i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie prevedano la negoziazione assistita dal difensore, mentre in ambito penale ciò non sia possibile.

Per abbozzare una imbarazzata risposta si invoca l'immaginifica conca della mediazione all'interno della quale «il difensore non ha alcun ruolo semplicemente perché non si parla il linguaggio tecnico del diritto penale (e non si accerta un reato), ma quello delle emozioni sprigionate dal conflitto»²¹.

Se così fosse, verrebbe allora da chiedersi come sia possibile che il "linguaggio delle emozioni" determini l'estinzione del reato per remissione di querela, per non dire che su tale percorso emozionale si fondano attenuanti specifiche o i presupposti della sospensione condizionale della pena. A meno che non sia stata introdotta la nuova categoria del "diritto penale emozionale", nella conca riparativa si parla proprio il linguaggio della responsabilità per un fatto tipico previsto dalla legge come reato.

Occorre, pertanto, essere rigorosi: se la mediazione è un fatto puramente morale ed emozionale, come nella leggendaria vulgata, allora ben venga il bando del difensore, ma tale percorso non deve avere alcuna rilevanza in ambito penale e non deve intersecarsi con il processo di cognizione; se, invece, si vuole incentivare la mediazione con la premialità penale, se si disciplina un vero e proprio procedimento incidentale, allora il difensore deve esserne parte integrante per garantire al meglio gli interessi giuridici del suo assistito.

²¹ GIALUZ-PASSIONE, *Imputato e vittima: incontro che può aiutare a ricucire le ferite del processo penale, dentro e fuori dalle aule*, in *Il Dubbio*, 26 settembre 2023.

Il veto alla presenza del difensore rimane comunque una previsione odiosa, come dimostra il fatto che nella accogliente conca riparativa sono ospitati addirittura «enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, enti locali o di altri enti pubblici, autorità di pubblica sicurezza, servizi sociali» (art. 45 lett. c d.lgs. n. 150 del 2022) ovvero «chiunque altro vi abbia interesse» (art. 45 lett. d d.lgs. n. 150 del 2022). Come si giustifica che l'accusato sia lasciato solo dinanzi a questo variegato "tribunale del popolo" composto addirittura dai rappresentati della polizia? Ma soprattutto, perché chiunque vi abbia interesse può partecipare, ma non il difensore che sarebbe il primo ad avere un interesse per di più qualificato? C'è una sola possibile chiave di lettura, una visione offensiva del ruolo e della funzione difensiva, allineata al più becero populismo penale, indegna di essere normata in una legge dello Stato.

5. La sconfitta del modello garantista. Il quadro complessivo è desolante. Se non si conoscesse la storia delle riforme degli ultimi dieci anni verrebbe da chiedersi cosa sia accaduto di tanto dirompente da condurre ad approdi così distanti dal pensiero garantista di Carrara o di Beccaria, come sia stato possibile non cogliere per tempo una deriva burocratica e tecnocratica che vede nel processo semplicemente l'ostacolo che separa la colpevolezza presunta dalla punizione.

In un sistema che gradua la responsabilità dell'accusato in funzione dell'atteggiamento tenuto nel corso del giudizio, lasciando sempre meno spazio all'esercizio dell'autodifesa passiva, incompatibile con la negoziazione fondata su scelte di carattere cooperativo, è difficile anche solo scorgere i tratti essenziali del giusto processo che la nostra Costituzione imporrebbe come unico metodo di applicazione della legge penale.

E' possibile che tale nuovo sistema soddisfi le esigenze della ragione strumentale che hanno guidato la riforma del 2022, ossia che si raggiungano i risultati del *disposition time* in termini di efficienza quantitativa nella riduzione della durata media dei processi, soprattutto grazie alle scaltre sentenze di non doversi procedere per mancanza "sopravvenuta" di querela o per irreperibilità dell'imputato, ma il prezzo da pagare in termini di qualità della giurisdizione e di civiltà del sistema penale appare francamente troppo elevato.

Non si possono mercanteggiare con l'Europa diritti e garanzie in cambio di fondi destinati alla ripresa dalla crisi pandemica²², non si possono nemmeno mettere in bilanciamento il diritto al silenzio e alla autodifesa passiva con il presunto efficientamento di un sistema che non ha più nulla del carattere cognitivo imposto dalla presunzione d'innocenza.

Chi ancora non riesce a cogliere il profondo significato deteriore e ideologico del nuovo paradigma processuale, ripiegato su un concetto di efficienza fine a se stesso, probabilmente non tiene conto che «anche la barbarie può avere un volto umano»²³.

²² Non nasconde, invece, il suo convinto apprezzamento per l'obiettivo efficientista, AMODIO, *La cultura della speditezza processuale nella riforma Cartabia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 10.

²³ PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, cit., 545.