

Grazia Mannozi

A ciascuno il suo dubbio: reo, vittima, pubblico ministero e giudice

### 1. Introduzione e ipotesi di lavoro

Poiché non possiamo pensare altrimenti che per mezzo della nostra lingua, ci muoviamo da sempre all'interno delle categorie e delle relazioni semantiche forniteci dalle parole<sup>1</sup>.

Al di là delle apparenze, il dubbio non è affatto il contrario della verità<sup>2</sup>.

Queste due citazioni, tratte dai saggi rispettivamente di una linguista e di un giurista, sono utili a delimitare il perimetro della riflessione sul ruolo del dubbio nel sistema penale.

Dove vi è la *parola*, come cellula elementare del pensiero e perciò anche del racconto, là vi è necessariamente terreno fertile per il dubbio. Neppure le narrazioni bibliche, alla base della formulazione dei dogmi cristiani, sono esenti dal dubbio. Lo conferma, da ultimo, Bettini quando ricostruisce le differenti trame narrative della Natività presentate nei Vangeli, tra loro incompatibili quanto a luoghi, presenze e dettagli minori<sup>3</sup>.

Occorre allora chiedersi se e come il diritto – che è un'architettura complessa di parole e che da sempre ambisce alla completezza<sup>4</sup> e alla certezza<sup>5</sup> per esigenze di garanzia – possa gestire il dubbio: sia quello che alberga nelle pieghe della lingua giuridica per il tramite della quale vengono positivizzate e interpretate le norme<sup>6</sup>, sia quello che può presentarsi nell'ambito delle scelte

<sup>1</sup> A. Assmann, *Formen des Vergessens*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2016, tr. it. *Sette modi di dimenticare*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 9.

<sup>2</sup> G. Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. vii.

<sup>3</sup> M. Bettini, *Il presepio*, Torino, Einaudi, 2018, pp. 5-16.

<sup>4</sup> Ma v. le illuminanti riflessioni critiche alla tesi della completezza della legge di L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 2012, pp. 31 ss.

<sup>5</sup> Sulla certezza del diritto ci si limita ad indicare due classici: N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1951, pp. 146 ss.; F. Carnelutti, *La certezza del diritto*, «Rivista di diritto civile», 1943, pp. 81 ss.

<sup>6</sup> Lombardi Vallauri include – tra le lacune statiche della legge – l'incapacità di quest'ultima di

comportamentali proprie degli attori istituzionali del processo penale (giudice, pubblico ministero, imputato e vittima)<sup>7</sup>.

Rispetto a un sistema giuridico che assume la certezza come *valore fondante* e perciò come *obiettivo* da perseguire *in primis* attraverso la certezza delle fonti di produzione, il dubbio costituisce un fattore destabilizzante. E non potrebbe essere altrimenti: inevitabile è, infatti, la sussistenza di uno *scarto*, di una divaricazione più o meno ampia tra l'esigenza di certezza del diritto – perseguita per garantire la libertà dell'individuo e l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge – e l'applicazione pratica delle norme, da interpretare e da attuare attraverso il processo.

Il processo si occupa di ricostruire fatti, ambisce alla verità, raggiunge infine la verità processuale dei fatti<sup>8</sup> attraverso *narrazioni*. Le narrazioni sono un impasto di parole e di silenzi, ciascuno con il proprio spessore di significato tale da comporre molteplici e multiformi bagagli comunicativi. In ogni narrazione, da parte dei diretti interessati da un reato (autore e persona offesa) o dei testimoni, alla dimensione oggettiva di fatti vengono incorporati non soltanto la percezione dell'io conoscente, ma anche emozioni primarie e secondarie<sup>9</sup>, inclusi la capacità di ricordare o il desiderio inconscio di dimenticare<sup>10</sup>.

Da altro punto di vista, tuttavia, il dubbio è fecondo di possibilità: poiché il linguaggio giuridico non è un veicolo completamente neutro – sostiene March – essere in dubbio sull'interpretazione di una norma porta a utilizzare «le aperture della lingua per sviluppare interpretazioni, [...] a estrarre ciò che è sepolto nei profondi recessi dell'esperienza linguistica»<sup>11</sup>. Continua March:

Come i giudici, i lettori di poesie o gli interpreti di decisioni possono sfruttare l'ambiguità a favore degli interessi e delle ideologie, ma i migliori di loro, giudici compresi, usano il linguaggio per evocare significati più profondi<sup>12</sup>.

«fissare in modo univoco il significato di tutte le proprie parole» (Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 32).

<sup>7</sup> G. Canzio, *Il dubbio e la legge*, «Diritto penale contemporaneo», 20 luglio 2018, Archivio dpc, <<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/6183-il-dubbio-e-la-legge>>, marzo 2020, p. 1.

<sup>8</sup> Ma v. le considerazioni di L. Laudan, *The Law's Flaws: Rethinking Trials and Errors?*, London, College Publications, 2016.

<sup>9</sup> Per la distinzione tra emozioni primarie e secondarie si rinvia alle principali e originarie opere di riferimento: P. Ekman, *Basic Emotions*, in T. Dalgleish, M. Power Sussex (eds.), *Handbook of Cognition and Emotion*, U.K., John Wiley & Sons Ltd, 1999; R. Plutchik, *The Emotions: Facts, Theories and a New Model*, New York, Random House, 1962.

<sup>10</sup> Si rinvia ancora alle considerazioni di Assmann, *Sette modi di dimenticare*, cit., pp. 51 s., la quale distingue tra memoria *contenitore* (che è alla base dell'archiviazione di atti, documenti, reperti) e memoria *funzionale*. Rilevanti, sulla negazione maniacale del ricordo, le riflessioni di M. Recalcati, *Incontrare l'assenza. Il trauma della perdita e la sua soggettivazione*, Bentivoglio, ASMEPA Edizioni, 2016.

<sup>11</sup> J. March, *A Primer on Decision Making. How Decisions Happen*, New York, The Free Press, 1994; tr. it., *Prendere decisioni*, Bologna, il Mulino, 1998, p. 222.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

Ci si occuperà, qui, del ruolo che il sistema penale riconosce o assegna al dubbio a partire da quattro diverse angolature prospettiche, ognuna delle quali correlata a uno specifico «attore», tra quelli istituzionalmente necessari, del processo: il *reo*, la *vittima*, il *pubblico ministero*, il *giudice*.

Il dubbio, dunque, rispetto ai soggetti così selezionati, verrà assunto nella *duplice natura*: (a) di irrisolutezza nella scelta tra più argomenti diversi o contrari; (b) di metodo conoscitivo che promuove la ricerca della verità.

La riflessione sarà preceduta da alcune sintetiche osservazioni linguistiche volte a illustrare il significato che si attribuisce al dubbio nell'economia del presente lavoro.

## 2. Il dubbio: statica e dinamica

Il dubbio può essere osservato nella sua *dimensione statica* e nella sua *proiezione dinamica*.

Nella prima accezione, il dubbio è assunto come stato di incertezza, di indecisione di fronte a un «bivio», sia esso rappresentato una coppia di opzioni antitetiche, dalla scelta tra più risposte possibili, dall'individuazione della verità di un fatto, oppure dall'alternativa tra modelli comportamentali o strategie.

Tale accezione si coglie anzitutto a partire dall'etimologia del termine: nella lingua italiana, «dubbio» deriva dal latino *dubium* ed etimologicamente richiama l'idea di *dualità*. Stessa pregnanza di significato è presente nella parola greca δοῦάζειν (*doiazein*), che significa appunto dubitare. Medesimo discorso può essere fatto per il termine francese *doutes* ma anche per quello inglese *doubt*, riconducibile sia all'*old french doter*, sia al latino *dubitare*.

La lingua tedesca restituisce analoga cifra di significato ma offre un'indicazione in più: la parola *Zweifel* – con la quale si esprime il dubbio – deriva dalla fusione tra «*Zwei*» (due) e il suffisso *-falt*, a sua volta originato etimologicamente dal sostantivo *Falte*, che significa piega, corrugamento<sup>13</sup>. Il dubbio sembrerebbe pertanto rimandare a una realtà naturalistica – come peraltro accade per molti termini, anche giuridici, assurti solo in un secondo tempo a tecnicismi – che rinvia a una biforcazione naturale.

L'uniformità di *significati* e la similitudine dei *significanti* trova una spiegazione nella riconducibilità dei termini sopra evocati alla radice protoindoeuropea (PIE) *dwo*<sup>14</sup>, fondativa rispetto al termine *dubbio* per come declinato

<sup>13</sup> La derivazione è dall'*althochdeutsch* «*zwīfal*», e cioè *Zwei* e *Falten*.

<sup>14</sup> C. Watkins (ed.), *The American Heritage dictionary of Indo-European Roots*, Boston-New York, Houghton Mifflin Harcourt, 2011, p. 22. Nell'introduzione si osserva come, in origine, le lingue indoeuropee esprimano un sistema decimale (p. xxii).

nelle diverse lingue indoeuropee (latino, greco, lingue germaniche, lingue romanzee, sanscrito) a partire dalla radice *dva* o *dvi* (due).

Alla luce di queste sintetiche considerazioni linguistiche, è possibile concludere che il dubbio possa essere identificato in uno stato di indecisione *emotivamente caratterizzato* tra due possibilità concrete o orientamenti di pensiero. Aristotele, in particolare, suggerisce che il dubbio sia originato dall'equivalenza di ragionamenti contrari<sup>15</sup>.

La ricostruzione del pensiero filosofico occidentale da S. Tommaso a Cartesio consente di dire che, nell'accezione indicata come *statica*, il dubbio ha valenza prevalentemente *soggettiva*, palesandosi come *irrisolutezza interiore*. Nella dimensione soggettiva del dubbio rientra anche il c.d. «dubbio patologico», in cui l'indecisione trascende la ragionevolezza per diventare ostacolo paralizzante e fonte di sofferenza psicologica<sup>16</sup>.

Tornando alla prospettiva filosofica, vi è un punto di svolta, che sposta l'asse della visione del dubbio e, perciò, ristrutturata in termini oggettivati la funzione che può svolgere quest'ultimo. Con Cartesio, il dubbio esce dalla dimensione soggettiva dell'io pensante per assurgere a *metodo* e assolve una funzione critica rispetto al sapere proposto in forma di asserzioni o di dogmi. Con la prima regola, Cartesio si autoimpone di:

non accettare mai alcuna cosa per vera che non conoscessi essere evidentemente tale, cioè di evitare accuratamente la precipitazione e la prevenzione e di non comprendere nulla più nei miei giudizi se non ciò che si presentasse così chiaramente e distintamente alla mia ragione da non avere alcuna occasione di metterlo in dubbio<sup>17</sup>.

Il dubbio metodologico cartesiano conduce, dunque, alla *dinamica* del dubbio: precede e anticipa il modello popperiano di verifica empirica delle ipotesi, che prende il nome di *falsificazione*<sup>18</sup>. Impossibile non cogliere in Occam un antesignano, almeno nella prospettiva della riflessione sul fondamento della certezza, speculare, appunto, al superamento dello stato di dubbio.

Ancora una riflessione linguistica può aiutare a impostare l'analisi del ruolo del dubbio nel sistema penale: quella concernente le differenze tra *dubbio* e *dilemma*. Il termine «dilemma» – anch'esso composto dal prefisso *di-*, che esprime dualità – è uno di quelli più frequentemente «manomessi»<sup>19</sup>: spesso utilizzato quale sinonimo di dubbio, e cioè in riferimento alla scelta tra due

<sup>15</sup> Cfr. N. Abbagnano, G. Fornero, *Dubbio* (voce), «Dizionario di filosofia», Torino, UTET, 2001, p. 331.

<sup>16</sup> G. Nardone, G. De Santis, *Cogito ergo soffro*, Milano, Ponte alle Grazie, 2011.

<sup>17</sup> Cartesio, *Discorso sul metodo* (1637), Roma, Tip. L'airone, 1949, p. 66.

<sup>18</sup> K. Popper, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Torino, Einaudi, 1970.

<sup>19</sup> L'espressione è mutuata da G. Carofiglio, *La manomissione delle parole*, Milano, Rizzoli, 2010.

alternative, implica invece l'esistenza di due opzioni (o premesse) che portano al medesimo risultato (o conclusione).

Il dilemma non è, dunque, un tipo di dubbio e neppure una forma di scetticismo metodologico; rappresenta piuttosto una biforcazione di argomenti seguendo i quali si giunge alla medesima conseguenza, e la scelta tra i quali viene, di norma, lasciata ad altri (per esempio all'avversario). Non a caso il dilemma è stato usato dai grammatici e dai logici dal II secolo dopo Cristo in avanti per indicare i ragionamenti insolubili che ricorrevano di frequente nei testi degli Stoici<sup>20</sup>. Il termine viene altresì impiegato nella teoria dei giochi: basti pensare al ben noto *dilemma del prigioniero*<sup>21</sup>.

È interessante la definizione di *dilemma* che si trova nel Vocabolario etimologico della lingua italiana del Bonomi, con una esemplificazione che include il dubbio (assunto in chiave metodologica):

Sorta di argomentazione chiamata anche cornuta, che consta di due proposizioni contrarie, che pure hanno la stessa conseguenza, e delle quali si lascia la scelta all'avversario per convincerlo egualmente, qual delle due egli scelga. Per esmp. O è vero che si dee dubitare di tutto, o è falso, se è vero, dunque esiste qualche verità: se è falso, dunque non si deve dubitare di tutto<sup>22</sup>.

Il dilemma, dunque, va tenuto distinto dal dubbio; esso può condizionare, come si vedrà più avanti, il comportamento dell'autore di reato in sede processuale.

In generale, e prima di addentrarsi nei quattro filoni di riflessione individuati – il dubbio del reo, quello della vittima, quello del pubblico ministero e quello del giudice – va ribadito che il dubbio è immanente al sistema penale e, in particolare, al processo.

«Il giudice in udienza dubita»<sup>23</sup>. Il testimone esita. Forse non esiste un testimone obiettivo. «Ogni testimone tende inconsciamente a mescolare il vissuto con l'invenzione»<sup>24</sup>. Il potere può usare malamente la spada: «la mia falsità è in grado di schiacciare la tua verità»<sup>25</sup>. Evocare Shakespeare o Dürrenmatt è solo una suggestione letteraria, tra le molte possibili, per riconoscere che il dubbio è il «convitato di pietra» nel banchetto del processo.

<sup>20</sup> Abbagnano, Fornero, *Dubbio* (voce), cit., p. 287.

<sup>21</sup> L. Mérò, *Calcoli morali. Teoria dei giochi, logica e fragilità umana*, Bari, Dedalo, 2000, pp. 45 ss.; A. Dixit, B. Nalebuff, *Io vinco tu perdi*, Milano, Il Sole 24 Ore, 1993; A. Barone, *Dilemma del prigioniero e meccanismi che inducono alla cooperazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

<sup>22</sup> F. Bonomi, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, 2004-2008, Dizionario etimologico online, <<https://www.etimo.it/?term=dilemma>>, marzo 2020.

<sup>23</sup> W. Shakespeare, *Il racconto d'inverno*, III, 2, 136.

<sup>24</sup> F. Dürrenmatt, *Justiz*, Zürich, Diogenes Verlag, 1985; tr. it., *Giustizia*, Milano, Garzanti, 1986, p. 123.

<sup>25</sup> W. Shakespeare, *Misura per misura*, II, 4, 155.

In un certo senso, il dubbio costituisce una variabile indipendente: c'è, esiste, è costantemente in agguato, si fa beffe delle pretese del sistema di rispondere a una logica binaria o a criteri di razionalità assoluta; teme l'intelligenza emotiva e l'inconscio collettivo. Resiste, difficilmente si fa ingabbiare, non muore mai del tutto anche quando sembra essere superato o risolto. Il dilemma è forse altrettanto presente, appartiene al settore di «calcoli morali»<sup>26</sup> e può essere utilizzato dal sistema penale, come si vedrà più avanti, in modo machiavellico, a servizio di logiche preventive o premiali (legate a un *facere* positivo, come nella sospensione del processo con messa alla prova, o alla rinuncia a garanzie, come nel patteggiamento) tali da condizionare il comportamento dell'accusato<sup>27</sup>.

### 3. *Il dubbio del reo*

Molteplici sono le situazioni di dubbio in cui può trovarsi l'autore di reato, talune specificatamente prese in considerazione e risolte normativamente dal sistema penale.

Tra le principali situazioni normativizzate nelle quali il dubbio assume rilevanza, sia pure sotto forme e con ruoli diversi, si possono annoverare:

- a) la scelta criminale, questione che ha però un taglio prevalentemente criminologico;
- b) la conoscenza della legge penale;
- c) la compatibilità del dubbio con l'elemento soggettivo del dolo;
- d) la riconoscibilità e l'individuabilità della regola cautelare che contrassegna la tipicità delle condotte colpose;
- e) la collaborazione processuale;
- f) vi è infine un dubbio di cui l'autore del reato è non già «soggetto» attivo quanto, piuttosto, «oggetto»: si tratta del dubbio implicito nella formula assolutoria di cui all'art. 530 c.p.p.<sup>28</sup> – cioè per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova. La questione verrà ripresa più avanti, nell'ambito dell'analisi del dubbio dell'organo giudicante.

Ciascuna delle questioni sopra individuate verrà esaminata sinteticamente e nell'ordine.

<sup>26</sup> In generale, Mérò, *Calcoli morali*, cit., *passim*.

<sup>27</sup> E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale: Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 456 s., richiamando, tra gli altri, V. Patalano, *Etica degli affari e diritto penale*, «Critica del diritto», 1-3, 2006, pp. 33-56.

<sup>28</sup> Si riporta, per comodità di lettura, il testo dell'art 530, comma 2, c.p.p.: «Il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile».

a) Il tema del dubbio dell'autore del reato circa la scelta criminale incrocia dimensioni di ricerca di più ampio orizzonte: da quella filosofica sul libero arbitrio, a quella sociologica e criminologica<sup>29</sup> – le quali lavorano sul contesto di vita e sugli universi simbolici di riferimento – a quella delle neuroscienze; si tratta di questioni che non è ovviamente possibile affrontare nell'economia del presente lavoro.

Sotto il *profilo criminologico*, uno dei modelli eziologici del crimine – la teoria di Matza – potrebbe forse descrivere meglio di altri l'operare del dubbio circa la scelta criminale. Matza muove infatti dalla premessa che il comportamento deviante non va considerato solo nelle sue cause interne ma nella sua *convenzionalità*: la commissione di un reato avviene all'interno di un contesto che permette un'*alternativa* comportamentale, nota al soggetto agente. Di tutta evidenza è qui il rigetto di ogni logica deterministica che annienta, viceversa, il ruolo del dubbio.

Matza fa anche riferimento al concetto di «*drift*»: termine intraducibile nella lingua italiana, che potrebbe essere reso al meglio, attraverso un'opera di adattamento linguistico, con il sostantivo «oscillazione». Il fatto che il soggetto oscilli tra condotta criminale e comportamento conforme sembrerebbe esaltare il ruolo del dubbio. In realtà l'oscillazione di cui parla Matza fa riferimento non tanto a uno stato di dubbio rispetto all'opzione criminosa bensì a una condizione *esistenziale*, o più semplicemente *ambientale*, in cui la scelta criminale, sebbene ricorrente, è intervallata da fasi in cui prevale la conformità alle norme. Ciò si adatta, ad esempio, alla descrizione dei reati sottoculturali, in cui accanto a scelte radicalmente criminose, con reiterazione di singole e specifiche condotte antiggiuridiche, si pongono dinamiche comportamentali iper-tradizionali e conformi. Spesso, quando è presente il fattore culturale – sia nei reati legati a subculture, sia nei reati rispetto ai quali possono operare le c.d. *cultural defences* – il dubbio può investire persino la conoscenza del precetto penale nei suoi elementi costitutivi.

Più che la questione delle cause del comportamento criminale, sono però le caratteristiche criminologiche di taluni reati a offrire la chiave di lettura che consente di comprendere le scelte codicistiche di «parte generale» relative alla gestione del «dubbio» del reo nella deliberazione dell'atto criminoso.

Il dubbio sembra essere insussistente nei c.d. reati d'impeto, dove la deliberazione criminosa avviene in un lasso di tempo particolarmente breve: il soggetto, con una reazione «a corto circuito», agisce d'impulso, quasi senza riflettere. Coerente con tale situazione empirica è la scelta del legislatore di prevedere una specifica attenuante per colui che abbia agito in stato d'ira de-

<sup>29</sup> V. Punzo, *Scelta razionale e sociologia del crimine: un approccio critico e un modello di simulazione ad agenti*, Milano, FrancoAngeli, 2012, pp. 93-169.

terminato da fatto ingiusto altrui, situazione tipica che talvolta, non sempre, fa da sfondo, appunto, ai reati d'impeto.

Si spiega allora, per converso, anche la previsione di una circostanza aggravante per la premeditazione, dove il lasso temporale deliberativo è, in genere, ampio: l'ordinamento assume che la preparazione attenta e dettagliata del piano criminoso richieda un tempo tale da consentire al soggetto di formulare a se stesso il dubbio circa la propria scelta criminale, e di lasciare che nello spazio interiore possano dispiegare la propria efficacia «controspinte» di varia natura (ad esempio quella che proviene dalla minaccia della norma penale incriminatrice e dal suo intrinseco nucleo valoriale).

Rispetto a scelte criminali che appaiono radicate, il sistema, con categorie dogmatico-criminologiche ormai obsolete, opta per irrigidimenti sanzionatori e preclusioni fondate sull'assenza di *dubbio* circa le possibilità di recupero sociale del soggetto: ci si riferisce alle dichiarazioni di delinquenza abituale, professionale o per tendenza, ormai retaggi di una criminologia definitivamente superata<sup>30</sup>, che finiscono con l'identificare il soggetto con la somma degli atti criminosi compiuti.

b) Rispetto alla *conoscenza del precetto penale*, l'art. 5 del codice penale esordisce con una formulazione normativa riassumibile nel brocardo *ignorantia legis non excusat*. Il rigorismo della scelta del legislatore del 1930 è stato temperato da successivi interventi della Corte costituzionale che hanno cercato di rendere compatibile il dettato dell'articolo 5 c.p. con l'articolo 27, comma 1 e 3, della Costituzione; la sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988, ha segnato il punto di svolta, dando piena costituzionalizzazione al principio della *personalità della responsabilità penale*.

La questione dell'errore (o dell'ignoranza) del precetto penale viene risolta nei termini dell'inescusabilità dell'errore che risulti *evitabile* usando l'ordinaria diligenza. Alla condizione soggettiva di errore o di ignoranza è assimilabile lo *stato di dubbio* circa la liceità della condotta che si intende tenere e che il soggetto agente dovrebbe risolvere accedendo alle fonti di produzione normativa, acquisendo rassicurazioni da parte dell'autorità o consultando esperti.

In questo modo, si costituisce in capo al cittadino un onere di soluzione dello stato di dubbio rispetto al precetto penale, situazione non infrequente soprattutto qualora l'iperproduzione legislativa crei situazioni labirintiche, dominate dall'incertezza sul dato normativo vigente o applicabile al caso con-

<sup>30</sup> Si vedano: E. Altavilla, *Abituali e professionali (delinquenti)* (voce), in E. Florian, A. Niceforo, N. Pende, *Dizionario di criminologia*, Milano, Vallardi, 1943, p. 1, il quale fa riferimento anche al delinquente c.d. «costituzionale»; G.G. Perrando, *Antropologia criminale* (voce), in E. Florian, A. Niceforo, N. Pende, *Dizionario di criminologia*, Milano, Vallardi, 1943, pp. 68 s., dove compaiono i delinquenti per «esagerato temperamento emotivo», i «delinquenti per preponderante influsso di congenita costituzione», tra i quali si collocano i «criminali nati».



creto. In buona sostanza, l'ordinamento richiede un dovere di conoscenza della norma penale e relativizza la conoscibilità del precetto all'uomo medio, identificabile con il cittadino rispettoso delle leggi e accorto, fatta salva la verifica di limiti soggettivi non superabili.

c) Diverso è il ruolo del dubbio nell'ambito del dolo, normale criterio di imputazione soggettiva e forma più grave di colpevolezza prevista dal diritto penale.

Al riguardo, la dottrina è unanime nel ritenere che il dolo sia compatibile con lo stato di dubbio: l'ordinamento opera una sorta di *fictio juris* ascrivendo al soggetto la pienezza delle componenti della volizione e della rappresentazione, quali indefettibili elementi costitutivi del dolo, anche laddove esse appaiono avere basi cognitive meno sicure. La disciplina del dolo, pertanto, si colloca nel solco della scelta già operata rispetto alla non conoscenza del precetto penale.

Ancor più interessante il ruolo del dubbio nella ricostruzione dell'elemento soggettivo che si pone ai confini tra dolo eventuale e colpa cosciente. Qui, dopo le Sezioni Unite della Cassazione del 2009<sup>31</sup>, una piccola rivoluzione copernicana ha fatto sì che il dubbio sia ritenuto compatibile anche con la colpa cosciente. L'*argumentum* della sentenza *Nocera* fa leva sulla valutazione dell'adesione al dubbio da parte del soggetto agente<sup>32</sup>, così superando la concezione che per versare in dolo eventuale basta volere la condotta nel dubbio sulle conseguenze<sup>33</sup>.

La necessità di una piena *mindfulness* del soggetto perché versi in dolo eventuale apre una nuova riflessione anche sulla colpa cosciente – circostanza aggravante ai sensi dell'art. 61 n. 3 – quanto allo spessore di significato da accordare alla «previsione» dell'evento. Il sicuro convincimento che l'evento

<sup>31</sup> Cass. pen. SS.UU. 26 novembre 2009, n. 12433, *Nocera*, «Cassazione Penale», 2010, 2548 ss. Ma v. anche Cass. pen., sez. IV, 5 settembre 2013, n. 36399, secondo la quale il dubbio «descrive una situazione irrisolta, perché accanto alla previsione della verificabilità dell'evento vi è la previsione della non verificabilità. Il dubbio corrisponde ad una condizione di incertezza, che appare difficilmente compatibile con una presa di posizione volontaristica in favore dell'illecito, ad una decisione per l'illecito; ma che ove concretamente superato, avendo l'agente optato per la condotta anche a costo di cagionare l'evento, volitivamente accettandolo quindi nella sua prospettata verifica, lascia sussistere il dolo eventuale» (§ 5.4).

<sup>32</sup> M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1, 2014, p. 77, DpC, <[https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwrok.eu/pdf/DPC\\_Trim\\_01\\_2014-75-122.pdf](https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwrok.eu/pdf/DPC_Trim_01_2014-75-122.pdf)>, marzo 2020. Osserva Donini come «un'acquisizione tra le più recenti in giurisprudenza, raggiunta dalle Sezioni Unite in tema di scelta tra fattispecie dal disvalore fortemente divergente, ma "contigue", cioè la contravvenzione di incauto acquisto (art. 712 c.p.) e il delitto di ricettazione (art. 648 c.p.), è l'idea che il dubbio sia compatibile con la colpa con previsione e che esso perciò non significhi, automaticamente, dolo eventuale» (p. 90).

<sup>33</sup> M. Gallo, *Dolo (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 750 ss. Imprescindibile il rinvio a S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente: ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, Giuffrè, 1999.

non si verificherà, richiesto per riconoscere gli estremi della colpa cosciente, è spesso distante dalla realtà: e cioè «dall'opacità di un agire superficiale, affrettato o sconsiderato, dove al dubbio sul futuro non si accompagna un convincimento lucido, ma soltanto un comportamento irragionevole»<sup>34</sup>.

d) Le riflessioni sopra svolte introducono agli spazi di rilevanza rivestiti dal dubbio nell'ambito della colpa, criterio di imputazione soggettiva di matrice prettamente normativa, fondato sul rispetto di regole a contenuto precauzionale o cautelare (di fonte *sociale* oppure *giuridica*, la violazione delle quali fonda, rispettivamente, il rimprovero per colpa *generica* e quello per colpa *specificata*) volte a minimizzare il rischio di verificazione di eventi lesivi, dannosi o pericolosi<sup>35</sup>.

Sulle regole cautelari note e convalidate dalla scienza<sup>36</sup> non sorgono particolari questioni: l'ordinamento giuridico pone dei vincoli comportamentali e si attende dal soggetto agente un dovere di conoscenza e di rispetto pieno delle regole. Più complessa e controversa è la questione dell'imputazione colposa legata a condotte non ancora note o non cristallizzate normativamente nelle forme della «colpa specifica» ma che rientrerebbero in più generici doveri di diligenza, di prudenza o di perizia<sup>37</sup>. La *colpa generica* può essere considerata, infatti, il terreno di elezione del dubbio, la cui rilevanza è intuitibile: non vi sono regole cautelari predefinite, sempre (ri)conoscibili *ex ante*. Il soggetto agente è chiamato a scelte, a decisioni talvolta rapide, in contesti di informazioni spesso incomplete, e dubita circa le alternative, potenzialmente illimitate<sup>38</sup>; l'assenza di vincoli positivizzati rispetto alla condotta da tenere ha un peso tale da rendere evanescenti i confini tra la colpa e la responsabilità oggettiva. Con particolare acutezza il problema si pone negli ambiti della *Risikogesellschaft*<sup>39</sup>, delle imprese a rischio di incidenti rilevanti, delle sfide poste dalla scienza e dalla tecnologia avanzate, del rischio ambientale<sup>40</sup>. Le

<sup>34</sup> Così Donini, *Il dolo eventuale*, cit., p. 92.

<sup>35</sup> D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009.

<sup>36</sup> P. Veneziani, *Regole cautelari proprie e improprie. Nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003. D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, «Diritto penale e processo», 14, 5, 2008, pp. 647-654.

<sup>37</sup> In argomento C. Piergallini, *Colpa*, «Enciclopedia del diritto. Annali», X, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 222-265.

<sup>38</sup> Sul ruolo dei vincoli nelle scelte e nelle decisioni, di particolare interesse è il saggio di J. Elster, *Ulysse Unbound. Studies in Rationality. Precommitment and Constraints*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2000; tr. it., *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Bologna, il Mulino, 2004.

<sup>39</sup> Il termine è coniato da U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci, 2013; dello stesso Autore, sugli aspetti ecologici e tecnologici del rischio, *La società globale del rischio*, Trieste, Asterios, 2018.

<sup>40</sup> Imprescindibile il rinvio all'ampia e documentata monografia di C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010; cfr. anche F. Herzog, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in L. Stortoni, L. Foffani

istanze della c.d. «società del rischio» portano a prendere in considerazione dinamiche rischiose o pericolose non ancora indagate o pienamente verificate a livello scientifico e verso le quali la situazione di dubbio rispetto alle regole precauzionali da seguire, in mancanza di indicazioni normative, è la regola<sup>41</sup>.

I casi, ormai storici, delle lesioni da amianto o da polveri di legno sono indicativi dell'opzione, fatta propria dall'ordinamento giuridico, di esigere il rispetto di condotte precauzionali che non trovano una base sicura nel sapere scientifico e che perciò si collocano nell'ambito della colpa generica. L'ordinamento indica al soggetto il dovere di risolvere lo stato di dubbio nella direzione di una *minimizzazione del rischio*, così da porsi al riparo da eventuali imputazioni colpose<sup>42</sup> soprattutto in settori particolarmente nevralgici e delicati, quali sono, ad esempio, la sicurezza nei luoghi di lavoro o l'ambito della protezione civile<sup>43</sup>. Il rischio è una iper-normativizzazione della colpa e comporta un'enfatizzazione di dinamiche ascrittive di matrice causale<sup>44</sup> non sempre fondate su una piena rimproverabilità<sup>45</sup>.

Un settore particolarmente complesso è quello della colpa medica, per come riformata dalla legge Balduzzi e poi dalla legge Gelli-Bianco<sup>46</sup>. In ambito medico, una situazione di dubbio tale da generare conseguenze penali concerne, ora, tipicamente, il rispetto delle linee-guida nel singolo caso concreto. L'imputazione colposa, infatti, può scattare sia per il mancato rispetto delle

(a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo – L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>41</sup> D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, «Diritto penale e processo», 2008, pp. 647 ss.; C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1744-1777; da ultimo, G. De Francesco, G. Morgante (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della società del rischio: un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema. Atti del Ginnasio dei penalisti: 6. edizione, 18-19 marzo 2016, Scuola superiore Sant'Anna*, Torino, Giappichelli, 2017.

<sup>42</sup> Ma v. i rilievi critici di F. Palazzo, *Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale*, «Diritto penale e processo», 2016, pp. 1545 ss., in relazione alle prospettive di azzeramento o riduzione del rischio e alle relative conseguenze sull'imputazione colposa.

<sup>43</sup> Sui rapporti tra valutazione del rischio e individuazione della regola cautelare v. C. Perini, *Una lettura penalistica della valutazione del rischio di competenza della protezione civile, La Protezione civile nella società del rischio. Il sistema della protezione civile: profili organizzativi, poteri ed ipotesi di responsabilità penale degli operatori*, Pisa, ETS, 2019, pp. 79-91.

<sup>44</sup> C. Piergallini, «Civile» e «penale» a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», (4), 2012, pp. 1299-1333 (in particolare p. 1319).

<sup>45</sup> G. Civello, *Colpa eventuale nella società del rischio: epistemologia dell'incertezza e verità soggettiva della colpa*, Torino, Giappichelli editore, 2013. Parla di «torsione dei criteri normativi della colpa dovuta agli straripamenti del modello precauzionistico» L. Cornacchia nella *Recensione a "La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa"*, *Giappichelli, Torino, 2013, p. 372 di Gabriele Civello*, «Archivio Penale», (2), 2014, p. 4.

<sup>46</sup> Si tratta del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (il c.d. decreto Balduzzi) e della l. 8 marzo 2017 n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco). In argomento, M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 261 ss., 343 ss.

linee-guida, sia per il rispetto di quest'ultime se il caso concreto avesse richiesto altro e diverso intervento terapeutico<sup>47</sup>.

e) Sotto il profilo delle scelte sottese alla collaborazione processuale, mai facili e sempre sofferte per i rischi di intimidazioni o di ritorsioni<sup>48</sup>, il dubbio è un elemento di straordinario interesse.

Quanto più la strategia processuale prende le forme di un delta ramificato, tanto più essa diventa oggetto di dubbio: si pensi, ad esempio, alla possibilità, consentita dall'ordinamento giuridico italiano di scegliere tra il pieno dibattimento, il giudizio abbreviato, il c.d. «patteggiamento», la sospensione con messa alla prova o l'acquiescenza al decreto penale di condanna. Tramontata la centralità del dibattimento<sup>49</sup>, il dubbio si risolve, in questo caso, in un pensare strategico, in cui l'imputato, assistito dal difensore, cerca di perseguire il miglior risultato processuale, bilanciando possibilità e rinunce<sup>50</sup>.

L'ordinamento, peraltro, al di là della ramificazione tra rito ordinario e riti differenziati, tende a *insinuare il dubbio* nell'imputato prospettandogli possibili percorsi premiali dei quali si prova a ricostruire una essenziale tassonomia:

- aa) già nel codice penale del 1930 erano previste le ipotesi di desistenza volontaria e di recesso attivo, le quali muovono dalla teoria del c.d. «ponte d'oro» con l'intento di mostrare la convenienza di un ritorno alla legalità del proprio agire;
- bb) la legislazione penale speciale contiene una serie di istituti che premiano la collaborazione processuale, volti a riconoscere diminuzioni di pena o un più rapido accesso ai benefici penitenziari<sup>51</sup>;

<sup>47</sup> Cfr. M. Caputo, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, «Rivista italiana di medicina legale e diritto in campo sanitario», 2017, pp. 1361-1369.

<sup>48</sup> L'endiadi «intimidazioni e ritorsioni» compare più volte in diversi considerando e negli articoli 12 e 18 della Direttiva del 2012. Cfr. A. Ceretti, R. Cornelli, *Il diritto a non avere paura. Sicurezza, populismo penale e questione democratica*, «Diritto penale e processo», 2019, pp. 1481 ss.

<sup>49</sup> M.R. Damaška, *Evidence Law Adrift*, New Haven-London, Yale University Press, 1997; tr. it., *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 186 s.

<sup>50</sup> Cfr. L. Eusebi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e principi processuali*, «Diritto penale e processo», 2019, p. 1697.

<sup>51</sup> Le norme a cui si fa riferimento sono la l. 6 febbraio 1980, n. 15 (c.d. legge Cossiga), destinata ad intervenire sul fenomeno del terrorismo; il d.l. 15 gennaio 1991 n. 8, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 marzo 1991 n. 82, che ha disciplinato per la prima volta la figura del «collaboratore di giustizia»; la l. 13 febbraio 2001 n. 45 che, modificando la norma del 1991, ha introdotto la figura del testimone di giustizia. In argomento si rinvia a C. Ruga Riva, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, Giuffrè, 2002, in part. pp. 406 s., 478-485 e bibliografia ivi richiamata. Ormai un classico, il saggio di T. Padovani, «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, in *La legislazione premiale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 39-73. Per un contributo di taglio sociologico v. A. Dino (a cura di), *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Roma, Donzelli, 2006.

cc) da ultimo, vi è la causa di non punibilità prevista dalla l. 27 maggio 2015, n. 69, la quale, introducendo un secondo comma nell'art. 323-bis c.p., disciplina le conseguenze penali di chi, autore di reati contro la pubblica amministrazione, decida di collaborare con l'autorità giudiziaria<sup>52</sup>. Operando su dinamiche di scelta condizionate dal c.d. «dilemma del prigioniero», il legislatore ha pensato di poter «rompere il vincolo considerato indissolubile tra corrotto e corruttore, in quanto fondato sulla convenienza reciproca a scambiarsi utilità»<sup>53</sup>.

f) Venendo, infine, alla questione delle formule assolutorie va ricordato come esse si fondino non solo sulla *manca* della prova ma anche sull'*insufficienza* o sulla *contraddittorietà* di quest'ultima, ipotesi che ricorrono quando la prospettazione accusatoria lasci persistere un *ragionevole dubbio*<sup>54</sup> sulla responsabilità dell'imputato.

«Poiché l'innocenza dell'imputato, come tale, non è tema di prova nel processo penale, il ragionevole dubbio sulla reità è necessario e sufficiente perché si pervenga all'assoluzione»<sup>55</sup>. La legge ha deciso in che direzione risolvere il dubbio, recidendo il nodo gordiano dell'incertezza probatoria. Essendo im-

<sup>52</sup> Tra i molti, V. Mongillo, *La: "legge spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», 2, 2019, p. 262.

<sup>53</sup> La norma non prevede, come nel Progetto Cernobbio (presentato il 14 settembre 1994 da G. Colombo, P. Davigo, A. Di Pietro, F. Greco, O. Dominioni, D. Pulitanò, F. Stella, M. Dinoia) un'esclusione della punibilità bensì una «consistente diminuzione della pena (da un terzo a due terzi) a chi, con comportamento *post delictum*, si adopera per conseguire uno dei seguenti obiettivi: evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, collaborare con gli inquirenti per l'individuazione di ulteriori soggetti responsabili, favorire la raccolta e la conservazione delle prove dei reati o il sequestro delle somme o utilità trasferite all'*intraneus*». Così R. Cantone, A. Milone, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, «Diritto penale contemporaneo», 6, 2019, pp. 5-22, <<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/7359-cantonemilone2019a.pdf>>, gennaio 2020, p. 7. La normativa non è esente da critiche, tant'è che i «nodi problematici rappresenteranno, infatti, un sicuro disincentivo a chi intende fare uso della causa di non punibilità, insinuando il dubbio sulla possibilità di poterla effettivamente conseguire» (così Cantone, Milone, *Prime riflessioni*, cit., p. 20). In argomento, D. Pulitanò, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4 bis*, «Diritto penale e processo», 2019, pp. 600 ss.; V. Mongillo, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, «Diritto penale contemporaneo», 15 dicembre 2015, <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/4359-le-riforme-in-materia-di-contrasto-alla-corruzione-introdotte-dalla-legge-n-69-del-2015>>, gennaio 2020. Sul Progetto Cernobbio v. F. Stella, *La filosofia della proposta anticorruzione*, «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 1994, pp. 935-940; D. Pulitanò, *La giustizia penale alla prova del fuoco*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, pp. 3-41.

<sup>54</sup> Per la nozione di «dubbio ragionevole» si rinvia, tra i molti, a Canzio, *Il dubbio e la legge*, cit., p. 2: «Si assume per tale non qualsiasi, possibile dubbio, astrattamente sempre configurabile, né il dubbio marginale, ma solo quello che, sorretto da oggettive evidenze probatorie, sia in grado di destrutturare l'apparente solidità dell'enunciato di accusa e, grazie all'opera maieutica del contraddittorio, immettere nel ragionamento giudiziale una plausibile spiegazione alternativa del fatto».

<sup>55</sup> Così P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 765.

possibile un *non liquet* del giudice<sup>56</sup>, si opta, alla luce di meta-valori (*in primis* quello della presunzione di innocenza), per un risultato processuale che sposta l'asse dell'incertezza a favore dell'imputato. Ma la clausola di equivalenza dell'art. 533, comma 2, c.p.p. se, da un lato, consente il trionfo della *presunzione di innocenza* sul *dubbio*, dall'altro lato, rimbalza la questione della valenza comunicativa del dubbio sull'imputato prosciolti, potendo veicolare una debole ma pur sempre concreta stigmatizzazione o un danno all'immagine. La trama motivazionale che sorregge l'assoluzione e che si incorpora al dispositivo contiene, nei fatti, frammenti accusatori non definitivamente provati capaci di alimentare perplessità, nonostante il diverso avviso della Corte di cassazione, la quale ribadisce come la formula *ex art. 533, comma 2*, «non comporti una minore pregnanza della pronuncia assolutoria»<sup>57</sup>. In prospettiva garantista, tale formula assolutoria – «frutto di una semplificazione breviloquente»<sup>58</sup> che lascia l'ombra del dubbio – legittimerebbe pertanto, almeno secondo un filone giurisprudenziale, l'interesse ad impugnare<sup>59</sup>. Emerge, così, un'intelaiatura del sistema le cui linee «convergono verso la presunzione di innocenza, nel cui nucleo si sostanzia una tra le più cospicue poste in gioco»<sup>60</sup>.

In definitiva, a un primo e parziale bilancio relativo alla figura dell'autore di reato, molteplici paiono essere i profili del *dubbio* che il soggetto è tenuto ad affrontare e a sciogliere; ai dubbi che rilevano in sede di ricostruzione dell'elemento soggettivo si aggiungono quelli concernenti le scelte di strategia processuale, indotti dalle logiche premiali presenti nel sistema penale o da considerazioni di convenienza, come nell'ambito dei reati di corruzione, dove il *dubbio* incrocia le dinamiche del *dilemma*. Il dubbio sulla responsabilità penale da formula assolutoria per insufficienza o contraddittorietà della prova allunga la sua ombra sinistra sulla proiezione pubblica dell'immagine dell'imputato prosciolti.

<sup>56</sup> Sul divieto del *non liquet* v. le riflessioni, condotte in relazione alle lacune dell'ordinamento, da Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, cit., pp. 40 s.

<sup>57</sup> Cfr. Cass. pen. 26 settembre 2014, n. 49580.

<sup>58</sup> In questi termini G. Di Chiara, *Icone e boschi narrativi. Formule assolutorie, logiche del dubbio, meccaniche della presunzione di innocenza, interesse a impugnare: traslazioni, incidenze, danni da processo*, in G. Spangher (a cura di), *La vittima del processo. I danni da attività processuale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 224.

<sup>59</sup> Cfr. Di Chiara, *Icone e boschi narrativi*, cit., p. 224.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

#### 4. *Il dubbio della vittima*

Anche la rilevanza del dubbio nell'ambito del comportamento della vittima<sup>61</sup> è questione complessa e delicata, che può essere osservata da differenti prospettive, tra le quali sono meritevoli di attenzione:

- a) quella della propensione alla denuncia;
- b) quella dell'identificazione dell'illiceità del proprio comportamento, soprattutto nelle situazioni controverse, quando la condotta si pone al crocevia tra *autoria* e *vittimizzazione*;
- c) quella della scelta di partecipare a percorsi di giustizia riparativa<sup>62</sup>.

Come per il reo, anche per la vittima ciascuna delle questioni sopra individuate verrà esaminata sinteticamente e nell'ordine.

a) La propensione alla denuncia è uno snodo fondamentale per l'effettività del sistema penale. È la vittima, infatti, a costituire, potenzialmente, uno dei principali vettori di emersione del crimine; attraverso la denuncia e la querela, fatti illeciti vengono portati a conoscenza delle agenzie del controllo formale, chiamate a svolgere, in questo caso, una funzione non già *proattiva* bensì *reattiva*.

La propensione alla denuncia può essere condizionata da molteplici fattori, tipicamente dalla paura di subire ritorsioni o intimidazioni, dal senso di colpa per il destino processuale dell'autore di reato, dal timore della vittimizzazione secondaria oppure dalla scarsa fiducia nelle istituzioni deputate a tutelare o proteggere la persona offesa da vittimizzazione ripetuta<sup>63</sup>. I condizionamenti che incidono sulla propensione alla denuncia possono variare a seconda della tipologia delittuosa: solo per fare un esempio, le vittime di estorsione o di reati associativi di stampo mafioso sono esposte a un elevato rischio di intimidazioni e di ritorsioni; una forte componente intimidatoria caratterizza i reati di riduzioni in schiavitù e i maltrattamenti in famiglia; l'esposizione sociale e la vittimizzazione secondaria sono parametri di valutazione che incidono nella scelta di denunciare i reati contro la persona, soprattutto se a sfondo sessuale<sup>64</sup>, con componente violenta o discriminatoria (omofobica o razzista) o gli episodi riconducibili al fenomeno del *mobbing*.

<sup>61</sup> In generale, sul ruolo della vittima nel sistema penale v. M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale: dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene, 2015.

<sup>62</sup> Sia consentito il rinvio a G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 357 ss.

<sup>63</sup> Cfr. G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, Cortina, 2000, pp. 408 ss.

<sup>64</sup> Lo riconosce anche l'ISTAT, nel commento ai dati sulle denunce alle forze di polizia, disponibili a: Istat, <<https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/il-percorso-giudiziario/denunce>>, marzo 2020.

Il dubbio se denunciare o meno un reato va di pari passo con le valutazioni di tipo costi-benefici circa i potenziali vantaggi derivanti dal chiedere giustizia<sup>65</sup> e con le dinamiche fiduciali che è in grado di promuovere il sistema penale. Tale profilo è preso in particolare considerazione dalla direttiva 2012/29/UE<sup>66</sup> – in materia diritti minimi a tutela delle vittime – la quale individua tre diversi livelli di fiducia, e indica nella fiducia intesa come «*confidence*» rispetto alle agenzie del controllo formale uno dei fattori condizionanti la disponibilità a denunciare un illecito. Dalla Direttiva si coglie altresì come, rispetto alla propensione alla denuncia, l'emergere e il consolidarsi del paradigma della giustizia riparativa – volto a favorire la presa in carico dei bisogni<sup>67</sup> delle vittime e la riparazione dell'offesa secondo modalità inclusive e dialogiche – possa contribuire a migliorare proprio il livello di *confidence* della vittima nei confronti dell'autorità. I principi cardine della giustizia riparativa – se tradotti in una normativa di settore e in servizi affidabili, efficaci e diffusi sul territorio nazionale, atti a garantire alla vittima un trattamento professionale, rispettoso, dignitoso, attento a evitare vittimizzazione secondaria – possono contribuire a garantire alla vittima quella «base sicura» che ne favorisce la disponibilità a denunciare gli illeciti subiti.

b) Nell'ambito della propensione alla denuncia, un profilo di dubbio rilevante caratterizza le situazioni in cui il comportamento della vittima può oscillare tra co-autoria e vittimizzazione: la vittima, cioè, potrebbe venirsi a trovare in un «limbo» che rende difficile la presa di decisione circa l'opportunità di portare l'illecito a conoscenza dell'autorità.

Un esempio paradigmatico si desume dalla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione operata con la c.d. legge Severino, la quale ha incorporato dalla fattispecie di *concussione ex art. 317 c.p.* (che ora sopravvive solo nella forma della *costrizione*), autonomizzandola pienamente, la fattispecie di *induzione indebita a dare o promettere utilità*, di cui all'art 319-*quater* del codice penale<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Cfr. Forti, *L'immane concretezza*, cit., p. 409.

<sup>66</sup> Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI (mai attuata dall'Italia), disponibile a: Eur-lex, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>>, febbraio 2020.

<sup>67</sup> E. Tizzani, *L'incontro con la vittima: dalle reazioni ai bisogni*, in A.M. Giannini, F. Cirillo (a cura di), *Itinerari di vittimologia*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 384-401.

<sup>68</sup> Tra i molti v., da ultimo, in relazione alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 12228/2013 che si è pronunciata sulla distinzione tra concussione e induzione indebita, G.L. Gatta, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, «Diritto penale contemporaneo», 17 marzo 2014, Archivio Dpc, <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2916-dalle-sezioni-unite-il-criterio-per-distinguere-concussione-e--induzione-indebita--minaccia-di-un-d>>, marzo 2020.



La differenza macroscopica fra le due fattispecie è data dal fatto che, nel primo caso, il privato che dà o promette al pubblico funzionario denaro o altra utilità dietro *costrizione* viene considerato *persona offesa*, con le corrispondenti prerogative processuali, ed è esente da qualsivoglia conseguenza sanzionatoria; nel secondo caso, invece, il privato che si lasci *indurre* a dare o promettere utilità – da una condotta del pubblico funzionario subdola e priva di connotazioni costrittive – è punibile, sia pure con pena di ampiamente inferiore rispetto a quella prevista per il pubblico funzionario.

A seconda di come venga qualificata giuridicamente la condotta del pubblico ufficiale (*intraeus*), se concussione o induzione indebita, la *medesima* condotta del privato (*extraneus*) – che si sostanzia nel dare o promettere utilità – può risultare giuridicamente neutra (*l'extraneus* sarà pertanto persona offesa) o illecita (*l'extraneus* sarà invece punibile).

La *ratio* della diversificazione del ruolo del privato – che da vittima può diventare co-autore e, perciò, della comminatoria edittale in caso di induzione indebita – si rinviene nella scelta dell'ordinamento di attribuire al cittadino un onere di resistenza, legato a doveri etici e civili, rispetto alle pressioni indebite del pubblico funzionario, qualora queste non raggiungano gli estremi della costrizione prevista dall'articolo 317 c.p.<sup>69</sup>. L'induzione indebita si pone criminologicamente a confine con la corruzione – rappresentando quasi un'area «intermedia» – dato che le norme sulla corruzione incriminano un *pactum sceleris* stretto in condizioni di parità, dove, ai sensi dell'articolo 321 c.p., autore e vittima sono punibili con la medesima sanzione. Da sempre, la corruzione è reato bilateralmente illecito, in cui le parti hanno un convergente interesse al silenzio, cosa che rende tale fenomeno criminoso ad elevata cifra nera.

È nell'insidioso e indefinito «rito di passaggio» tra la concussione per costrizione e l'induzione indebita a dare o promettere utilità, che si svolge la riflessione del privato sulla valenza del proprio comportamento: identico nella sua materialità oggettiva ma valutato diversamente dall'ordinamento non già in base ai soli coefficienti di rappresentazione e volontà, bensì anche e soprattutto in ragione della coloritura illecita ravvisata nelle modalità dell'azione del pubblico ufficiale.

È in tale «zona grigia» che si colloca, dunque, lo spazio di decisione del cittadino circa il comportamento da tenere nei confronti del pubblico funzionario. È qui che rileva il fattore della consapevolezza dell'illiceità della propria condotta e che possono sorgere almeno due diversi dubbi:

<sup>69</sup> Parla, per il privato, di un «obbligo giuridico di *resistenza*, la cui violazione è penalmente sanzionata», F. Palazzo, *Gli effetti "preterintenzionali" delle nuove norme penale contro la corruzione*, in B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 20.

a) in primo luogo, se cedere o resistere alle richieste del pubblico funzionario, dato che ciò può avere, per il privato, conseguenze opposte;

b) in secondo luogo, se denunciare o meno una (presunta) concussione, dato che dalla eventuale riqualificazione del fatto come induzione indebita potrebbe derivare per il privato l'essere indicato come autore, anziché come vittima, con le relative conseguenze sanzionatorie<sup>70</sup>.

Ne deriva che l'area di illiceità il cui perimetro è delimitato dalla coppia di norme sulla *concussione* (ex art. 317 c.p.) e sull'*induzione indebita a dare o promettere utilità* (ex art. 319-*quater*) si caratterizza per la presenza di una vittima dubbiosa e forse anche «inibita», visto l'incerto crinale che separa le due norme. Le complessità ermeneutiche sollevate da tali fattispecie – tanto da aver richiesto l'intervento delle sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>71</sup> – riguardano l'identificabilità di una frontiera certa, e cioè tale da risolvere ogni dubbio, tra la condotta costrittiva e la condotta induttiva.

c) Rispetto alla partecipazione a programmi di giustizia riparativa per la vittima – ma il discorso vale, con alcune differenze, anche per l'autore di reato – il dubbio può essere alimentato dalla non conoscenza del significato, della valenza, delle opportunità, delle garanzie o dei rischi relativi a una mediazione o altro percorso *restorative*. Per la vittima può non essere semplice affrontare il nodo del reato attraverso un incontro diretto con l'autore; per il responsabile la mediazione faccia a faccia può essere ancora più complessa perché la vittima è l'immagine della propria colpa, ricorda un passato che non passa mai davvero, è il soggetto verso il quale si è chiamati a maturare sentimenti di responsabilità o impegni riparativi<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Possibilità consentita anche in sede di applicazione della pena su richiesta delle parti. V., al riguardo, A. Di Tullio D'Elisiis, *In tema di applicazione della pena concordata, spetta al giudice la verifica non solo formale, ma anche sostanziale, della qualificazione giuridica del fatto*, «Diritto.it», 16 ottobre 2013, <<https://www.diritto.it/in-tema-di-applicazione-della-pena-concordata-spetta-al-giudice-la-verifica-non-solo-formale-ma-anche-sostanziale-della-qualificazione-giuridica-del-fatto/>>, febbraio 2019.

<sup>71</sup> Cass. pen., SS. UU. 24 ottobre 2013, n. 12228, Maldera e altri, «Diritto penale e processo», 2014, pp. 546 ss., con note di S. Seminara, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*, pp. 563 ss. e di P. Pisa, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, p. 568 ss.; la stessa sentenza è altresì in «Diritto penale contemporaneo», 17 marzo 2014, con nota di G. Gatta, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e "induzione indebita": minaccia di un danno ingiusto vs prospettazione di un vantaggio indebito*, Archivio Dpc, <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2916-dalle-sezioni-unite-il-criterio-per-distinguere-concussione-e-induzione-indebita-minaccia-di-un-d>>, marzo 2020. Da ultimo v. M.T. Collica, *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», 2, 2017, pp. 195 ss., Archivio Dpc, <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/8156-collica217.pdf>>, marzo 2020.

<sup>72</sup> Sulle motivazioni che possono aiutare l'autore del reato a superare il dubbio circa la partecipazione a programmi di giustizia riparativa v. S. Miller, *After the Crime: The Power of Restorative Justice Dialogues between Victims and Violent Offenders*, New York, New York University Press, 2011, pp. 169 s.

Sulle motivazioni sottese a fornire l'indispensabile consenso alla partecipazione a percorsi di giustizia riparativa, rispetto al quale molteplici possono essere i motivi di dubbio, incidono diversi fattori<sup>73</sup>. Tra i principali vi sono:

- aa) la capacità dei mediatori di offrire un'informazione adeguata, completa e veritiera: la professionalità – da intendersi come padronanza di competenze dialogiche atte a non indurre vittimizzazione secondaria – è al riguardo decisiva;
- bb) lo squilibrio di potere fra le parti: il *power imbalance* (derivante da dipendenza economica, sudditanza psicologica o da intrinseche condizioni di vulnerabilità correlate al genere, all'età, alle condizioni psico-fisiche della vittima)<sup>74</sup> può rendere quest'ultima estremamente incerta circa la partecipazione a percorsi di giustizia riparativa;
- cc) anche il timore di subire vittimizzazione ripetuta, intimidazioni e ritorsioni può essere un fattore che fomenta il dubbio, al pari del timore di incorrere in vittimizzazione secondaria.

Per avviare percorsi di giustizia riparativa, superando dubbi e perplessità delle parti, sono fondamentali le modalità di *engagement*<sup>75</sup>, le quali richiedono anche la presa in carico da parte dei mediatori delle emozioni delle persone coinvolte, come peraltro suggerito dalla Direttiva 2012/29/UE che ha istituito norme minime a tutela delle vittime<sup>76</sup>.

### 5. Il dubbio del pubblico ministero

Esaminate le prospettive del dubbio di reo e vittima, occorre ora volgere lo sguardo alla magistratura requirente e giudicante.

Rispetto alle funzioni dell'accusa, l'ambito del dubbio proprio del pubblico ministero sembra incontrare un limite significativo nel principio di obbligatorietà dell'azione penale (monopolio del pubblico ministero, procedibilità

<sup>73</sup> V., al riguardo, I. Aertsen, V. De Mesmaecker, D. Bolívar, N. Lauwers, *Restorative justice and the active victim: exploring the concept of empowerment*, «Temida», 14, 1, 2011, p. 5; D. Bolívar, *For Whom is Restorative Justice?*, «Restorative Justice. An International Journal», 1, 2, 2013, pp. 190-214.

<sup>74</sup> Su *power imbalance* e *empowerment* v. C.K.B. Barton, *Restorative justice. The empowerment model*, Annadale, Hawkins Press, 2003.

<sup>75</sup> J. Larson Sawin, H. Zher, *The Ideas of Engagement and Empowerment*, in G. Johnstone, D.W. Van Ness (eds.), *Handbook of Restorative Justice*, Cullumpton, Willan Publishing, 2007, pp. 41-58. Sull'uso del termine v., in part., pp. 45 ss., dove si specifica la differenza tra *engagement* (partecipazione volontaria al percorso di giustizia riparativa) e *empowerment* (capacità di attingere alle risorse necessarie per prendere una decisione e mantenerla).

<sup>76</sup> Cfr. la Direttiva 2012/29/UE, Considerando 63. In argomento sia consentito rinviare a G. Mannozi, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*, «Discrimen», 2020, <<https://discrimen.it/wp-content/uploads/Mannozi-Sapienza-del-diritto.pdf>>.

d'ufficio e irretrattabilità) che, almeno in linea teorica, impone di esaminare tutte le *notitiae criminis*.

In verità, la prassi mostra come il processo di selezione fattuale delle notizie di reato sia inevitabile; le maglie valutative dell'ufficio del pubblico ministero lasciano passare, almeno rispetto alla criminalità medio bassa contro il patrimonio, prevalentemente le *notitiae criminis* rispetto alle quali le indagini non appaiono manifestamente infruttuose in termini accusatori; il c.d. *effetto funnel* prosegue peraltro per filtri successivi, come documentato dalla letteratura in materia<sup>77</sup>.

Il principale *locus* del dubbio, per un pubblico ministero, è nel segmento temporale della presa di decisione circa l'esercizio dell'azione penale. *Nulla quaestio* in caso di flagranza di reato, di ammissione di colpevolezza o in caso di prove schiaccianti. Nei casi caratterizzati da soli elementi indiziari, la valutazione del pubblico ministero ex art. 125 disp. att. c.p.p. ha una componente prognostica fondata sull'idoneità degli elementi raccolti a sostenere l'accusa. E qui il dubbio fa sentire il suo peso, sebbene a scioglierlo contribuisca il fatto che, nell'esercizio della propria funzione, il pubblico ministero è tenuto a raccogliere ogni elemento di prova, sia a discapito che a favore dell'indagato (art. 358 c.p.p.). Resta, comunque, il peso dell'onere della prova circa i fatti indicati nel capo di imputazione, che orienta la soluzione del dubbio e fa sì che possa risolversi nel mancato esercizio dell'azione penale. In altre parole, è possibile ipotizzare che quanto più il filtro della valutazione del pubblico ministero circa l'idoneità probatoria degli elementi da portare in giudizio sarà serrato, tanto meno verrà emessa la richiesta diretta al giudice di decidere sull'imputazione; quanto più il filtro sarà largo, tanto maggiore sarà la propensione a esercitare l'azione penale.

«L'accusa ha l'onere di persuadere il giudice che la ricostruzione dei fatti prospettata non lascia spazio a dubbi ragionevoli»<sup>78</sup> – osserva Federico Stella – e l'opera di persuasione del pubblico ministero si contrappone, d'altra parte, all'«impegno ad oltranza degli avvocati nella ricerca di ragionevoli dubbi»<sup>79</sup>. Tale consapevolezza – e cioè che sul dubbio prevale il principio di presunzione di innocenza – entra nella decisione, intrinsecamente prognostica, di esercitare l'azione penale, sulla quale possono incidere elementi oggettivi e soggettivi: da

<sup>77</sup> Resta insuperata, per completezza e livello di approfondimento, la tematizzazione dei processi di selezione secondo il *Trichtermodell* (o «*funnel effect*») svolta da C.E. Paliero, «*Minima non curat praetor*». *Iperrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985, pp. 203-251. Cfr. anche Forti, *L'immane concretezza*, cit., p. 407. Per un riscontro applicativo dei processi di selezione v. P. Davigo, G. Mannozi, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 117-138.

<sup>78</sup> F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 209.

<sup>79</sup> Così, ancora, *ivi*, p. 209.

un lato la complessità della materia oggetto d'indagine<sup>80</sup>, dall'altro la propensione individuale al rischio<sup>81</sup>.

La valutazione circa la proposta di archiviazione da parte del pubblico ministero è questione che rimanda al profilo di rilevanza del dubbio dell'organo giudicante.

### 6. Il dubbio del giudice: ipotesi di lavoro

Rispetto al ruolo e alle funzioni del giudice, il dubbio ha molteplici profili di rilevanza, primo fra tutti quello derivante da eventuali lacune della legge. L'incertezza circa la regola decisoria – stante il divieto del *non liquet* – comporta che si assuma a dogma la completezza dell'ordinamento. Indiscussa chimera che legittima, nella materia non penale, il ricorso all'analogia<sup>82</sup>. Il dubbio è perciò questione che tocca le dinamiche interpretative delle norme e che legittima, nei casi prescritti, il sollevare questione di legittimità costituzionale. Ma l'incertezza interpretativa si annida anche nella giurisprudenza della Corte Suprema, che trova tuttavia rimedio nell'operato delle Sezioni Unite.

Ci si occuperà, qui, non dei dubbi interpretativi – questione di grandissimo interesse ma che richiederebbe una trattazione autonoma e unitaria – bensì solo del dubbio nelle dinamiche decisorie processuali, sia in relazione all'archiviazione, sia – e forse prevalentemente – in relazione all'accertamento della responsabilità dell'imputato, tramite il dibattimento o il giudizio abbreviato, riti a dimensione cognitiva piena.

Dove si consuma per lo più il dubbio? Nella camera di consiglio che prelude a una decisione.

La deliberazione è coperta dal segreto più assoluto. I giudici devono non soltanto poter dubitare al riparo dallo sguardo indiscreto del pubblico, ma anche evitare, in seguito, di rivelare alcunché di quanto avvenuto in quella fase<sup>83</sup>.

La questione del convincimento del giudice è storicamente dibattuta da angolature prospettiche diverse: quella giuridica (sostanziale e processuale)

<sup>80</sup> Si veda l'intervento di A. Pastore in *La protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, Pisa, ETS, 2014, p. 35.

<sup>81</sup> Tra gli studi più recenti sulla propensione al rischio (in particolare degli investitori) v., Y.J. Li, D.T. Kenrick, V. Griskevicius, S.L. Neuberg, *Economic decision biases and fundamental motivations: How mating and self-protection alter loss aversion*, «Journal of Personality and Social Psychology», 102, 3, 2012, pp. 550-561.

<sup>82</sup> Per queste riflessioni v. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, cit., pp. 41 s. al quale si rinvia anche per una tassonomia dei rimedi volti a superare l'incertezza interpretativa del giudice.

<sup>83</sup> A. Garapon, *Bien Juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001; tr. it. *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, Cortina, 2007, p. 134, il quale analizza anche la *ratio* della segretezza.

ma anche quella storica, filosofica e psicologica. Sotto il profilo giuridico, l'accertamento della colpevolezza chiede di incontrare uno standard elevato di certezza riassumibile nella cosiddetta clausola *Bard*, acronimo della formula anglosassone «*beyond any reasonable doubt*», tradotta in Italia con la perifrasi di convincimento *oltre il ragionevole dubbio*<sup>84</sup>. Il termine «dubbio» – assunto in funzione *metodologica* – entra espressamente in una formula giuridica che esprime l'aspirazione a un livello di certezza tale da scongiurare il rischio di errore giudiziario<sup>85</sup>.

Va osservato come la clausola dell'oltre il ragionevole dubbio, nel contesto in cui è stata elaborata, ha trovato un riscontro della propria logica interna nel dovere retributivo di punire. Paradossalmente, la clausola *Bard* appare coerente con un orizzonte giusfilosofico di *reciprocità* e *ritorsione* da cui molti sistemi penali contemporanei stanno, tuttavia, prendendo progressivamente le distanze. Là dove la giustizia sia pensata come retribuzione, infatti, e il fine della pena sia quello di evitare l'impunità – attraverso una sanzione *esemplare*, estrinsecazione della pedagogia del terrore<sup>86</sup>, o *proporzionata* al male cagionato con il reato – la *certezza* circa la colpevolezza dell'imputato diventa elemento indefettibile e irrinunciabile. Il sillogismo è stringente e inchioda il fare giustizia a conseguenze estreme: quanto più grave è la materia criminale, tanto più severa sarà la sanzione; e quanto più severa sarà la sanzione, tanto più scevro da ogni dubbio dovrà essere l'accertamento. Logica infallibile che nella storia ha dato luogo a degenerazioni perverse, a una giustizia rovesciata, frutto di una studiata meccanica del potere<sup>87</sup>, che – si pensi all'epoca dell'In-

<sup>84</sup> Il parametro è stato introdotto con l. 20 febbraio 2006, n. 46, che ha modificato l'art. 533, comma 1, c.p.p. In argomento, E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, Milano, Giuffrè, 2016; Stella, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 195-218; sempre di E.M. Catalano, *I confini operativi della regola di giudizio incarnata dal paradigma "bard"*, «Processo Penale e Giustizia», 2017, pp. 6 ss.; P. Astorina, *Verità e problemi d'imputazione soggettiva nel diritto penale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2012, pp. 924-974. In relazione alla tutela ambientale v. F. Consulich, *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'unione e pena nazionale*, «La Legislazione Penale», 2018, pp. 1 ss., <<http://www.lalegislationepenale.eu/wp-content/uploads/2018/07/Consulich-approfondimenti.pdf>>, marzo 2020.

<sup>85</sup> F. Imposimato, *L'errore giudiziario: aspetti giuridici e casi pratici*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 167 ss., il quale afferma come il dubbio debba essere l'atteggiamento mentale del magistrato di fronte a ogni caso che deve giudicare, al quale dovrebbero affiancarsi virtù e caratteristiche umane quali la prudenza, la duttilità e l'umiltà. Cfr. anche D. Carponi Schittar, *Al di là del ragionevole dubbio e oltre. Un tentativo di chiarezza sui principi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 65, il quale sottolinea come la collettività identifichi come errore giudiziario in senso stretto quello del giudice che condanni ingiustamente un innocente, mostrando una minore percezione della gravità dell'errore speculare: quello di una sentenza che proscioglia un colpevole.

<sup>86</sup> M. Foucault, *Les anormaux. Cours au College de France*, Paris, Gallimard-Seuil, 1999; tr. it. *Gli anormali. Corso al College de France (1974-1975)*, Milano, Feltrinelli, 2000, p. 81.

<sup>87</sup> M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975; tr. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1976, pp. 148 s.

quisizione – ha legittimato persino la prassi della tortura<sup>88</sup>. Tanto la pena come supplizio quanto quella come espiazione esigono che vi sia colpevolezza; la colpevolezza reclama una dinamica accertativa incontrovertibile; *ergo* la tortura diventa lo strumento per raggiungere una verità ad ogni costo. La concatenazione si rivela rovinosa: discutibili prassi di formazione della prova anticipano la crudeltà delle sanzioni<sup>89</sup>.

Ma la clausola *Bard* trae linfa vitale non soltanto da logiche retributive e di esclusione sociale, peraltro in progressivo ripiegamento operativo-funzionale, bensì, anche da prospettive di prevenzione e recupero sociale, le quali ugualmente, e forse di più rispetto alla mera retribuzione, reclamano che la pena, proprio in quanto aperta a prospettive risocializzanti e inclusive, venga inflitta sulla base di prove che superino lo standard dell'oltre il ragionevole dubbio<sup>90</sup>. In tale orizzonte, l'errore giudiziario, minando in radice l'utilità della pena per il raggiungimento di finalità specialpreventive, appare non soltanto imperdonabile ma anche disfunzionale rispetto alla legittimazione morale e politico-criminale delle sanzioni, nonché irrimediabilmente diseconomico.

Si potrebbe ipotizzare, allora, che *quanto più ci si allontani da sanzioni intrinsecamente afflittive, ancorché pragmaticamente orientate alla risocializzazione, tanto più l'esigenza di certezza circa la colpevolezza dell'imputato si affievolisca*.

L'ipotesi pare ricevere, all'interno del sistema penale italiano, almeno tre diverse conferme, derivanti da altrettanti istituti: l'*applicazione della pena su richiesta delle parti*<sup>91</sup> (il c.d. «patteggiamento»); la *sospensione del processo con messa alla prova*, sperimentato dapprima nel processo penale minorile e, a partire dal 2014, introdotto in quello per gli adulti<sup>92</sup>; il meccanismo di gestione del *dubbio sull'identità fisica della persona detenuta*, ex art. 667 del codice di procedura penale.

<sup>88</sup> F. Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1986, pp. 261-265.

<sup>89</sup> Tra i molti, B. Puleio, *Il linguaggio dei corpi straziati. Potere e semantica del potere nell'Italia del XVI secolo*, Firenze, Editrice Clinamen, 2007, p. 61, p. 180 (dove si ricorda la costruzione della Camera del Tormento da parte del Consiglio dei Dieci, organo di governo e di controllo della Repubblica di Venezia). Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., pp. 105 s.

<sup>90</sup> M. Taruffo, *Verso la decisione giusta*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 132 ss. (*Considerazioni su dubbi e verità*).

<sup>91</sup> Tale rito differenziato è stato introdotto con la riforma del codice di procedura penale. In argomento, tra i molti, M. Caputo, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 356 ss.

<sup>92</sup> La sospensione del processo con messa alla prova è stata introdotta dalla l. 28 aprile 2014, n. 67. La disciplina sostanziale è all'art. 168-bis ss. del codice penale. In argomento V. Bove, *La messa alla prova*, Ospedaletto, Pacini Giuridica, 2018.

### 6.1 *Prima conferma*

Una prima conferma di validità dell'ipotesi formulata deriva, dunque, almeno nel nostro ordinamento, dalla presenza del patteggiamento, rito speciale che consente all'imputato di chiedere, a certe condizioni, l'applicazione di una pena concordata con la controparte processuale, il pubblico ministero. Su tale misura sanzionatoria il giudice ha un controllo di congruità (quanto alla qualificazione giuridica del fatto, all'assenza di cause di non punibilità e alla misura della sanzione concordata) sancito dalla Corte costituzionale<sup>93</sup> affinché, nonostante lo sconto di pena connesso alla scelta del rito, non vengano meno le esigenze di certezza, di retribuzione e di prevenzione. Rispetto all'applicazione della pena su richiesta delle parti non c'è alcuna dinamica accertativa classica della colpevolezza – formata cioè nel contraddittorio tra le parti<sup>94</sup> – sebbene la Corte costituzionale abbia statuito che il giudice, qualora sorgano perplessità in ordine al senso effettivo della richiesta abbia «ampia possibilità di sincerarsene, disponendo la comparizione dell'imputato per poterlo personalmente sentire: anche questo è un modo per accertare»<sup>95</sup>.

Il patteggiamento, simile al pieno dibattimento e al giudizio abbreviato nell'*esito* – l'infissione di una pena – ha una «pietra di inciampo» nel dubbio che residua rispetto al mancato accertamento in contraddittorio della responsabilità dell'imputato che lo contraddistingue<sup>96</sup>. Il dibattito giuridico e la controversia giurisprudenziale sorti circa l'equiparazione della sentenza di patteggiamento a una sentenza di condanna hanno infatti lavorato a partire dall'inevitabile dimensione anti-cognitiva del patteggiamento, intrinseca alla mancanza di un'ammissione di colpevolezza (*guilty plea*), la quale è, viceversa, presupposto indefettibile dell'omologo istituto nordamericano.

L'inefficacia del patteggiamento nei giudizi civili o amministrativi suona, dunque, come un'impetosa ammissione della debolezza accertativa di «meccanismi decisori che di accusatorio hanno ben poco»<sup>97</sup>. Se il patteggiamento è, per definizione, *anti-cognitivo*, allora è coerente che una pronuncia espressio-

<sup>93</sup> Corte Cost. n. 313 del 2 luglio 1990, Consulta online, <<http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0313s-90.html>>, febbraio 2020.

<sup>94</sup> Cfr. Cass. pen. 27 maggio 1998, «Diritto penale e processo», 1998, p. 1081.

<sup>95</sup> Cfr. anche Cass. pen., 12 maggio 1995 n. 6683, «Cassazione penale», 1996, p. 1202, pronuncia che specifica come a un ordinamento improntato al principio di legalità non siano «consone norme di metodologia processuale che ostacolano in modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico necessario per pervenire ad una giusta decisione».

<sup>96</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. un., 8 maggio 1996, «Cassazione penale», 1996, p. 3579, in cui si afferma: «di 'pena' [...] si tratta in entrambi i casi – e sta in questo la ratio dell'equiparazione – ma, mentre nella sentenza ordinaria la condanna è indissolubilmente legata al previo 'giudizio' (di colpevolezza), nell'altra questo 'giudizio' manca del tutto».

<sup>97</sup> M. Daniele, P. Ferrua, *Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio*, «Diritto penale contemporaneo», 5, 2019, <<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/7020-danieleferrua2019a.pdf>>, febbraio 2020, p. 76.



ne di negoziabilità e ispirata da esigenze di economia processuale e probatoria, nonostante venga equiparata a una sentenza di condanna<sup>98</sup>, sia priva di efficacia nei giudizi civili o amministrativi<sup>99</sup>. Inequivoco, d'altra parte, è il disposto dell'art. 445, comma primo, c.p.p.; del tutto ragionevole appare il fatto che la sentenza *non dichiarò colpevole* l'imputato – secondo logiche ascrittive che richiedono una prova formata in contraddittorio – ma si limiti a statuire, appunto, che la pena viene applicata *su richiesta delle parti*.

Sarebbe d'altra parte pericoloso voler introdurre nel patteggiamento una pretesa di accertamento di colpevolezza. Scrivono al riguardo Daniele e Ferrua:

Il patteggiamento – intendendosi per tale l'istituto nel quale l'imputato con l'accordo dell'accusa chiede l'applicazione della pena – è e resterà sempre un rito essenzialmente anti-cognitivo, a meno di stravolgerne l'essenza, trasformandolo in una versione peggiorata del giudizio abbreviato, priva anche del semplice contraddittorio sulla prova. La sua caratteristica tipica e, in un certo senso, la sua forza stanno proprio nell'essere anti-cognitivo, ossia nel non pretendere di 'provare', ma nel reggere sul potere dispositivo dell'imputato, assunto come persona pienamente responsabile delle sue scelte (benché nei fatti a negoziare sia, più che l'imputato, il difensore)<sup>100</sup>.

Stando così le cose è però inevitabile che la collettività si trovi a dover accettare un paradosso: una sentenza di condanna, espressione di una giustizia negoziale che comporta l'infliczione di una pena, non «spendibile» al di fuori del processo penale; paradosso che diventa ingombrante se si pensa, in prospettiva comparatistica, a un istituto piuttosto singolare, riconosciuto come valido in molti Stati nordamericani, che va sotto il nome di *Alford plea*<sup>101</sup>. Si tratta di una forma «estrema» di patteggiamento che prende il nome da un *leading case* del North Carolina<sup>102</sup> legato alla vicenda del signor Alford: accusato di uxoricidio, preferì dichiararsi colpevole e ricevere la condanna all'ergastolo pur di non accettare il pieno dibattimento, che avrebbe comportato il rischio di una condanna alla pena capitale. Il *vulnus* rispetto alla certezza della colpevolezza dell'imputato si aprì quando il signor Alford, subito dopo la condanna, dichiarò alla stampa la propria innocenza esplicitando lo stato

<sup>98</sup> La Cassazione, a Sezioni unite, nella sentenza n. 3600 del 26 febbraio 1997, aveva escluso che il giudice fosse tenuto a procedere ad «accertamento giudiziale della responsabilità penale, formalmente estrinsecabile in una espressa dichiarazione di colpevolezza [...] in quella sentenza l'accertamento completo del fatto reato e della sua commissione da parte di un determinato soggetto sono sostituiti dalla ricognizione dell'accordo intervenuto tra le parti sul merito del processo e sulla pena da applicare» («Diritto penale e processo», 1997, p. 1484). L'orientamento è stato abbandonato dalle medesime Sezioni Unite nelle decisioni n. 17781 e 17782, entrambe del 29 novembre 2005.

<sup>99</sup> Caputo, *Il diritto penale*, cit., pp. 356-367.

<sup>100</sup> Daniele, Ferrua, *Venti di riforma*, cit., p. 83.

<sup>101</sup> V., in argomento, S. Marcolini, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 21 s.

<sup>102</sup> *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

di costringimento psicologico invincibile (*duress*) che lo avrebbe costretto a un'ammissione di colpevolezza per evitare la condanna a morte. Il dubbio sulla colpevolezza del condannato è qui di straordinaria evidenza, se si considera la divaricazione tra la sentenza di condanna e il diniego della propria colpevolezza da parte del condannato. La collettività riceve due «verità» parallele e antinomiche: una processuale, l'altra soggettiva<sup>103</sup>. Il dubbio ha vinto.

Un tale istituto stride altresì con il bisogno di certezza che è alla base dei meccanismi di prevenzione generale positiva, atti ad incoraggiare la stabilizzazione dei valori morali della collettività. Senza arrivare al paradosso dell'*Alford plea*, ogni condanna con contestuale dichiarazione di innocenza alimenta il dubbio e crea non soltanto una torsione dell'idea di giustizia ulpiana del «*suum cuique tribuere*»<sup>104</sup> ma anche una diseconomia della giustizia vincolata a eseguire una condanna – moralmente ed economicamente costosa – nei confronti di un probabile innocente.

## 6.2 Seconda conferma

La seconda conferma dell'ipotesi secondo la quale quanto più ci si allontani da sanzioni intrinsecamente afflittive tanto più si riduce l'esigenza di certezza sulla colpevolezza dell'imputato deriva dall'operatività dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, previsto dall'art. 168-*bis* c.p. e disciplinato, nel suo svolgersi, da norme processuali.

Nella sospensione del processo con messa alla prova si prescinde completamente da ogni dinamica accertativa essendo sufficiente la non contestazione dei fatti<sup>105</sup>. In quest'istituto c'è una «scommessa» a base fiduciale sul futuro comportamento *law abiding* dell'autore del reato, la quale prevale sull'esigenza accertativa del passato in termini di colpevolezza per il fatto. In concreto, l'accusato e l'imputato possono chiedere al giudice la sospensione del proces-

<sup>103</sup> The United States Department of Justice, 9-27.000 *Principles Of Federal Prosecution* [updated February 2018], Department of Justice, <<https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.440>>, maggio 2020. In particolare, si veda *sub* 9-27.440 *Plea Agreements when Defendant Denies Guilt*: «As one court put it, “the public might well not understand or accept the fact that a defendant who denied his guilt was nonetheless placed in a position of pleading guilty and going to jail.” See *United States v. Bednarski*, 445 F.2d 364, 366 (1st Cir. 1971)».

<sup>104</sup> Sui profili della retribuzione nella modernità e nella postmodernità v. F. Zanusso, *A ciascuno il suo*, Padova, Cedam, 2000, pp. 106 s.

<sup>105</sup> P. Ferrua, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in M. Daniele, P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 187-189; G. Ubertis, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in G. Ubertis, *Argomenti di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 255; G. De Vero, *Circostanze del reato e sospensione del procedimento con messa alla prova*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 161 e in particolare pp. 184-185.

so e la sottoposizione a un periodo di prova, previa formulazione di un programma di trattamento ed espressione del consenso rispetto alla prestazione di lavoro di pubblica utilità.

La conformazione dell'istituto prevede che all'esito positivo della prova consegua l'estinzione del reato. Anche in questo caso si coglie un paradosso: si estingue qualcosa la cui esistenza non è mai stata accertata a monte. L'epilogo estintivo travolge il dubbio, ma lo lascia irrisolto. Criminologicamente, il caso non ha avuto una dinamica di *chiarimento*. Sotto il profilo della comunicazione, mille giustificazioni possibili potranno essere date dall'imputato in relazione alla propria responsabilità, in dichiarazioni formali o nella comunicazione informale.

La partita della messa alla prova non si gioca sul tavolo della retribuzione ma su quello della *prevenzione*, in cui prevale l'istanza di formulare una risposta costruttiva e *community oriented* – vista la previsione di lavori di pubblica utilità e di attività di volontariato di rilievo sociale – o la possibilità di aprire percorsi di giustizia riparativa da strutturare nel prevalente interesse della vittima di reato<sup>106</sup>.

### 6.3 Terza conferma

La terza, e forse più indiretta, conferma dell'ipotesi secondo cui quanto più ci si approssimi a sanzioni intrinsecamente afflittive tanto meno il sistema è disposto ad accettare margini di dubbio riguarda il dubbio circa l'identità della persona detenuta, risolto dall'art. 667 c.p.p. Il dubbio, in questo caso, non può essere in alcun modo «metabolizzato» dal sistema, che lo rigetta e impone ulteriori accertamenti. Se neppure questi giovano a elidere ogni incertezza, l'art. 667 c.p.p. prevede che si ordini la sospensione dell'esecuzione della pena privativa della libertà e si disponga la liberazione del detenuto e, nel contempo, invita il pubblico ministero a procedere a ulteriori indagini<sup>107</sup>. La situazione di incertezza è prevista e risolta dall'ordinamento in senso favorevole al condannato, come avviene per le formule assolutorie di cui all'art. 530, comma 2, c.p.p. In queste ultime, il dubbio incrocia il principio fondante della presunzione di innocenza<sup>108</sup>; rispetto all'identità del condannato, il modello di soluzione del dubbio si staglia nell'orizzonte valoriale del *favor libertatis*.

<sup>106</sup> Cfr. Eusebi, *La sospensione del procedimento*, cit., pp. 1693 ss., il quale parla di «risposta progettuale affrancata dalla dosimetria retributiva» (p. 1693).

<sup>107</sup> In argomento v. F. Caprioli, D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 294.

<sup>108</sup> Di Chiara, *Icone e boschi narrativi*, cit., p. 224.

### 7. Dal giudice «pantocratore» al giudice «profeta»: ruolo e dinamiche del dubbio nel sistema penale

A questo punto non resta che provare a trarre alcune sommarie quanto provvisorie conclusioni. Volutamente non sono stati trattati i profili di psicologia giudiziaria, i condizionamenti che operano rispetto alla presa di decisione<sup>109</sup>, il fatto che il processo di *decision-making* operi in un ambito di razionalità limitata e sia influenzato sia dalle emozioni, sia dalle condizioni psico-fisiche del soggetto, fattori capaci di incidere sulla predisposizione all'assunzione di rischio che caratterizza i casi difficili<sup>110</sup>.

Credo si possa affermare – la prudenza è d'obbligo – che nel sistema penale italiano si registri una progressiva rinuncia alla dimensione accertativa della colpevolezza e, per converso, si consenta che lo stato di dubbio in relazione alla responsabilità dell'imputato abiti le pieghe del sistema attraverso istituti che consentono di evitare il processo e la pena.

In sintesi, si potrebbero evidenziare tre diversi *livelli di rilevanza* del dubbio, presentati in ordine crescente:

a) Il primo e più modesto livello di rilevanza del dubbio si colloca nell'ambito del rito ordinario – apoteosi del processo *adversary* – che comporta l'accertamento pieno della responsabilità<sup>111</sup>. Nel rito ordinario il giudice – si passi il paragone – ha un ruolo di «pantocratore»: ha cioè – stando all'etimologia del termine – *tutto il potere* necessario a governare il processo; decide sulla colpevolezza dell'imputato; è tenuto a prosciogliere in condizioni di incertezza<sup>112</sup>. Solo il tempo può far risorgere il dubbio sulla colpevolezza del condannato come un'araba fenice dalle proprie ceneri: l'emersione di nuove prove a carico di soggetti diversi dal reo o la sopravvenienza di una nuova prova scientifica possono infatti legittimare l'istanza per la revisione del processo<sup>113</sup>. Il giudicato, pertanto, ha un confine cedevole: l'intangibilità è simulacro.

Il dubbio, dunque, chiede di essere *risolto*; l'ascrizione di responsabilità deve avvenire in contraddittorio, rispettare lo standard probatorio dell'oltre il ragionevole dubbio, che trova nella motivazione il necessario completamento

<sup>109</sup> In argomento, tra i molti, si rinvia a March, *A Primer on Decision Making*, cit., pp. 18 s.

<sup>110</sup> A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, *Il giudice emotivo*, Bologna, il Mulino, 2017.

<sup>111</sup> C.E. Paliero, *Il "ragionevole dubbio" diventa criterio*, «Guida al Diritto», 10, 2006, p. 73; G. Canzio, *L'"oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria di giudizio nel processo penale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2004, p. 303.

<sup>112</sup> V. gli articoli 425, comma 3; 530, comma 2; 125 disp. att. del codice di procedura penale. Rilievi critici sui criteri di decisione in merito al non luogo a procedere e all'archiviazione in Daniele, Ferrua, *Venti di riforma*, cit., pp. 76 s.

<sup>113</sup> Cfr. G. Canzio, *La revisione del processo: gli effetti del sopraggiungere di nuove prove rese possibili dal progresso scientifico*, in R.E. Kostoris, A. Balsamo (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il caso «Dorigo»*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 479-502.

secondo l'epistemica del processo *adversary*<sup>114</sup>. Tanto ciò è vero che il giudizio abbreviato – in cui la decisione è assunta allo stato degli atti delle indagini preliminari, i quali assumono pur sempre piena valenza probatoria secondo la clausola *Bard* – a seguito della modifica operata con l. 12 aprile 2019 n. 33, è divenuto inapplicabile rispetto ai reati puniti con l'ergastolo. La *materia grave* richiede il vaglio dibattimentale e cioè che la prova si formi nel contraddittorio affinché la dialettica tra accusa e difesa abbatta ogni incertezza. La maieutica processuale è garanzia di risultato prossimo alla verità<sup>115</sup>.

b) Un livello intermedio di rilevanza del dubbio si ha nel patteggiamento: è un dubbio *parzialmente risolto*. Carente di ammissione di colpevolezza, il patteggiamento prende avvio con la richiesta di applicazione della pena da parte dell'accusato e si conclude con una sentenza che nominalmente non è di condanna, ma che alla condanna è equiparata e tuttavia non fa stato nei procedimenti civile e amministrativo<sup>116</sup>. Il giudice «pantocratore» è esautorato del potere accertativo, eroso dalle logiche economicistiche della negozialità: residua la potestà di controllare l'assenza di cause estintive del reato, la correttezza della qualificazione giuridica del fatto e la congruità della misura della pena.

c) Infine, vi è il *dubbio irrisolto*, che caratterizza la sospensione del processo con messa alla prova, dove una misura con componenti sanzionatorie viene elaborata come risposta a un fatto che non è stato mai accertato nei suoi contorni oggettivi, nelle dinamiche soggettivo-motivazionali e neppure rispetto al profilo di lesività nei confronti della persona offesa. La sospensione del processo con messa alla prova comporta, peraltro, l'estinzione del reato e cioè di un qualcosa che, a monte, è privo di accertamento<sup>117</sup> ma compatibile soltanto con uno stato di dubbio. Il giudice abbandona, qui, il ruolo di «pantocratore» per assumere quello di «profeta»: il presupposto per la concessione della sospensione del processo con messa alla prova è infatti un'aspettativa *fiduciale* – sebbene fondata su elementi che consentono un favorevole giudizio prognostico di recupero sociale – circa l'esito positivo della prova. L'organo giudicante, dunque, non è chiamato ad accertare il passato (il fatto di reato) con soli esiti di penalità prescrittiva<sup>118</sup>, ma a un «dire» anticipatorio, che si sostanzia nel-

<sup>114</sup> V. C. Conti, *Ragionevole dubbio e "scienza delle prove": la peculiarità dell'esperienza italiana rispetto ai sistemi di common law*, «Archivio penale», 2, 2012, p. 2.

<sup>115</sup> Sulla verità convenzionale come epilogo del dibattimento v. Garapon, *Del giudicare*, cit., p. 135.

<sup>116</sup> Taruffo, *Verso la decisione giusta*, cit., pp. 145 ss. (*Verità negoziata?*).

<sup>117</sup> Sui rapporti tra messa alla prova e garanzie processuali v. ancora Eusebi, *La sospensione del procedimento*, cit., p. 1696. *Ivi* i confronti tra messa alla prova e patteggiamento, anche in tema di diritto ad impugnare (p. 1697).

<sup>118</sup> Eusebi, *La sospensione del procedimento*, cit., p. 1695.

la «scommessa» sul futuro comportamento dell'imputato (quanto a rispetto delle prescrizioni, riparazione dell'offesa, mediazione con la vittima). Non è espressamente richiesta una favorevole prognosi di non recidiva, sebbene la commissione di un nuovo reato comporti la revoca della misura. Peraltro, in generale, sulle prognosi di non recidiva si allungano le ombre inquietanti degli algoritmi a supporto del giudice, già ammessi negli Stati Uniti<sup>119</sup>.

Dalla ricognizione normativa svolta esce confermata l'ipotesi formulata circa il rapporto inversamente proporzionale tra afflittività delle risposte sanzionatorie e livello di accettazione endosistemico del dubbio: il sistema penale, pur nell'ambire alla certezza del diritto, finisce con lo scendere a patti con il *dubbio*; lo ingloba attraverso istituti sorretti da logiche negoziali, economicistiche, di speditezza processuale o orientate in senso politico-criminale alla prevenzione.

Ciò è, al contempo, consentito e segnato da una resa, ancorché parziale: accettare il dubbio come dono dello «spirito maligno»<sup>120</sup> che offre un sistema rapido, efficiente, non desocializzante ma chiede in cambio rinuncia ad accertare nel merito molti fatti di reato.

È dubbio o dilemma? Intanto resta sullo sfondo, con il suo portato ambiguo e inquietante, a ricordare la fallibilità umana nel giudicare, l'antico brocardo *in dubio pro reo*<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> Canzio, *Il dubbio e la legge*, cit. L'A. rileva che: «Il dubbio del giudicante in ordine alla propensione dell'imputato a ripetere il delitto non trova più la soluzione in un criterio metodologico di accertamento del fatto e neppure in una puntuale prescrizione della legge, ma viene affidato a un algoritmo di valutazione del rischio, elaborato da un software giudiziario prodotto da una società privata (COMPAS: acronimo di Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions)» (p. 4). Sul sistema COMPAS v. anche S. Carrer, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, «Giurisprudenza penale», 24 aprile 2019, <<http://www.giurisprudenzapenale.com/2019/04/24/lamicus-curiae-un-algoritmo-chiacchierato-caso-loomis-alla-corte-suprema-del-wisconsin/>>, marzo 2020. Il caso che ha originato la sentenza è Supreme Court of Wisconsin, State of Wisconsin v. Eric L. Loomis, Case no. 2015AP157-CR, 5 April - 13 July 2016. Sui rischi degli algoritmi predittivi v. L. Maldonato, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», 2, 2019, <[http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetowork.eu/pdf/DPC\\_Riv\\_Trim\\_2\\_2019\\_maldonato.pdf](http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetowork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_2_2019_maldonato.pdf)>, marzo 2020, p. 410. Cfr. anche F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, «Diritto penale e uomo», 29 settembre 2019, Archivio Dpc, <<https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/upload/3089-basile2019.pdf>>, marzo 2019.

<sup>120</sup> Mutuo la formula da G. Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, Syracuse N.Y., Syracuse Univ. Press, 1985; tr. it. *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 11.

<sup>121</sup> Digesto, 50.17.125.