

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2010

ESTRATTO



Edizioni ETS

FRANCESCO MAURO IACOVIELLO

PROCESSO DI PARTI E PROVA DEL DOLO

SOMMARIO: 1. Rendere provabile l'improvabile. – 2. Il processo penale manipola un diritto penale manipolabile. – 3. La prova del dolo non può prescindere dal tipo di processo. – 4. Quando va provato il dolo. L'errore di vedere il dolo presunto laddove non c'è controversia sul dolo. – 5. A proposito di presunzioni. Le *presunzioni* della legge e gli *argomenti* del giudice. – 6. Le inferenze logiche del giudice: il *principio di normalità* e il *principio di razionalità*. – 7. I limiti probatori dei criteri di inferenza normalità-razionalità. Dal vecchio *onere di allegazione* al nuovo *onere di argomentazione*. – 8. Il dolo in cassazione: *quaestio facti* o *quaestio iuris*? – 9. *Dolus in re ipsa* e presunzione di dolo: come operano nel processo? Omessa motivazione o vizio logico? - 9.1. Il doppio significato della presunzione di dolo. – 10. La prova del dolo intenzionale. Il movente e la condotta. – 11. Movente e scopo. Gli argomenti per provare il dolo nell'abuso di ufficio. – 12. Il dolo dei capi dell'associazione mafiosa per i delitti-scopo c.d. eccellenti: provare il fatto (dolo) provando una regola. – 13. Il dolo di posizione nei reati economici. Ovvero: come salvare *il non poteva non sapere*. – 14. Strategie processuali: "*non c'è dolo se c'è colpa*". – 15. Il reato omissivo puro. Ovvero: "*c'è dolo a meno che non mi provi la colpa*". – 16. Il dolo eventuale. La magia di una formula ambigua. – 17. I punti processualmente deboli del dolo eventuale: l'accettazione del rischio e dell'evento. – 18. Accettare il rischio e accettare l'evento sono fatti davvero diversi sul piano probatorio? – 19. Il paradosso della "accettazione dell'evento". Si premia l'ottimista e si punisce il pessimista. – 20. Il dolo eventuale e le credenze irrazionali. – 21. Il dolo eventuale: fatto psichico o funzione probatoria? Dolo eventuale come *argumentum* e dolo eventuale come *substantia*. – 22. Il dolo eventuale in funzione probatoria: una tecnica argomentativa per escludere il ragionevole dubbio. – 23. Dolo alternativo e dolo eventuale. Concetti diversi, identiche prove. – 24. Pistola e auto. Il dolo eventuale nel territorio della colpa. – 25. Tipicità e stereotipi sociali. Come nel processo ciò che prima era colpa diventa dolo. – 26. I criteri probatori del dolo eventuale. La deliberata violazione della regola cautelare. La gravità della violazione. L'elevata probabilità dell'evento. – 27. Informazioni rilevanti e prevedibilità. – 28. La *wilfull blindness*: il voler non conoscere ciò che è conoscibile. - 28.1. Prevedere che cosa? La specificità dell'evento. – 29. La probabilità dell'evento. Il dolo diretto. Ovvero: *il non potevi non volere*. - 29.1. Probabilità statistica o probabilità logica? Il confine indefinibile tra dolo diretto e dolo eventuale. – 30. Contesto lecito e contesto illecito di base: presupposto del reato o elemento di prova? – 31. Il dolo nei reati economici. Il dolo di posizione e i c.d. segnali di allarme. – 32. Il dolo eventuale in un processo di parti. – 33. In conclusione, il dolo. Come il diritto penale passa attraverso il processo penale.

1. *Rendere provabile l'improvabile*

Il dolo è un evento psichico. In un futuribile non lontano la *new scientific evidence* (pensiamo alla risonanza magnetica funzionale e alla *brain image*) permetterà di rilevare la traccia di questo evento nel cervello dell'accusato. E molte delle attuali discussioni diventeranno antiquariato giuridico (esempio di come la prova penale metta in discussione il diritto sostanziale!).

Per ora, non abbiamo a disposizione una *dolo-scopia*, una sonda che ci permetta di vedere nella psiche dell'individuo. Pertanto, dobbiamo inferire questo evento interno da informazioni esterne.

L'emersione del dolo nella struttura del reato è stato un progresso sensazionale per il diritto, ma ha messo a dura prova il processo penale. Per il diritto comune, in fondo, il problema era trovare *indicia ad inquisendum* e *ad torquendum*, il resto lo faceva la tortura. E per male che andava (per l'inquisitore) c'era la *poena extraordinaria*. E non dimentichiamo tecniche processuali sperimentate: le presunzioni e l'inversione dell'onere della prova¹.

Nel corso del tempo dolo e processo hanno percorso traiettorie diverse: il dolo si è arricchito sempre di più, il processo ha perso tortura, prove legali, presunzioni e inversioni dell'onere della prova. Ora il giudice lavora solo con indizi e motivazione.

L'indizio è una informazione probatoria, alla quale si applica un criterio di inferenza per giungere ad un'altra informazione prima sconosciuta (dal fatto noto al fatto ignoto). Senza criteri di inferenza, le informazioni sono irrilevanti. Ma quanti criteri di inferenza possiamo utilizzare per giungere alla prova del dolo? Sterminati sono gli indizi della condotta, pochi sono gli indizi del dolo. Ritorna l'interrogativo di Gandino: "*quomodo probatur dolus?*" E la risposta, ancora oggi, è: "*ex coniecturis*".

2. *Il processo penale manipola un diritto penale manipolabile*

Dove gli argini sono fragili il fiume straripa. Se il diritto penale costruisce categorie non provabili, succede che il processo penale bara al gioco: a parole applica il diritto penale, in realtà lo manipola. Ed ecco che saltano fuori nel processo *dolus in re ipsa*, *dolus eventualis*, callide inversioni della prova e scorciatoie probatorie del tipo: *provo la colpa per provare il dolo*.

¹ Un'accurata ricostruzione storica in DE MURO, *Il dolo*, Giuffrè.

Prendiamo le formule di Frank. Sono state improvvidamente rievocate da una dotta sentenza delle SS.UU (la n.12433 del 2009)², che – prudentemente – si guardano bene però dal porsi la domanda: “*come in pratica si provano quelle formule?*”. Dovremmo dedurre un evento psichico controfattuale da una situazione ricostruita *ex post*. Ma si possono distribuire condanne o assoluzioni basate sulle nuvole di situazioni ipotetiche?

Pensiamo al dolo alternativo. Figura pressoché sconosciuta quando nei processi si parla di delitti consumati. Se invece si tratta di tentativi, c'è una epidemia di doli alternativi. È evidente che il dolo alternativo serve per aggirare l'affermata incompatibilità tra dolo eventuale e tentativo. Ma la cosa più curiosa è che dalla stessa base fattuale (cioè dalle stesse informazioni probatorie disponibili) il giudice conclude per il dolo eventuale o per il dolo alternativo, a seconda che si sia verificato o meno l'evento!

Pensiamo al “medesimo disegno criminoso”: la continuazione è tanto normale nel processo di cognizione quanto rara nel procedimento di esecuzione. Eppure le informazioni probatorie sono le stesse.

Teoria della volontà e teoria della rappresentazione dal punto di vista processuale portano ad esiti tendenzialmente opposti.

Se fondiamo il dolo su atteggiamenti interiori (consenso, speranza, approvazione, accettazione fiducia e simili) siamo al processualmente improbabile. Cioè non riusciremo nella normalità dei casi a superare la soglia del ragionevole dubbio. Dunque, costruiamo un dolo che porta all'assoluzione.

Se lo basiamo sulla rappresentazione (e quindi sul binomio prevedibilità-previsione) il rischio è quello dell'automatismo logico. Cioè il dolo c'è sempre, tranne casi eccezionali. Il che porta alla emarginazione processuale del dolo. (È quello che in pratica avviene. Nei processi penali quasi mai si discute di dolo. E se la difesa impugna sul dolo vuol dire che è proprio disperata).

Fino a quando il processo penale era *il regolamento di esecuzione del diritto penale*, la teoria della volontà ha dominato perché era processualmente innocua: pubblico ministero e giudice facevano quello che volevano. Un diritto penale illuminista ben poteva essere *sopportato* da un processo penale inquisitorio.

Quando si è cominciato a prendere sul serio il processo penale (partendo dall'inquisitorio garantito per giungere al processo di parti), fatalmente il pendolo si è spostato dal dolo come volontà al dolo come rappresentazione. Un processo penale garantito – in cui il dubbio pesa – non riusciva a funzionare

² Non meno dotto il commento alla sentenza di DONINI, in *Cass. pen.* 2010, 7-8.

con concetti penalistici *a prova difficile*.

Nella storia del diritto i costi si spostano dal diritto al processo e viceversa. Il problema è trovare l'equilibrio: un *giusto processo* per un *giusto diritto*.

Quindi, occorre costruire il dolo con categorie che possano funzionare nel processo, che evitino improvabilità e automatismi, che lascino aperto l'esito del confronto tra accusa e difesa.

3. *La prova del dolo non può prescindere dal tipo di processo*

Nel processo inquisitorio la prova del dolo non è mai stato un problema. Le parole dell'imputato valevano molto (la confessione regina delle prove si diceva!) se dette *contra se*, valevano nulla se dette a proprio favore.

Non solo. L'accusa doveva solo provare la propria ipotesi e costruirla in modo coerente. La struttura della motivazione era molto più semplificata perché non doveva dar conto delle ipotesi alternative. Una motivazione siffatta passava indenne il controllo in cassazione. Per due buone ragioni. La prima: l'accertamento del dolo era questione di merito. La seconda: la Cassazione non era tenuta a valutare l'esistenza di ipotesi alternative anche se plausibili, probabili e coerenti.

Le cose cambiano con un processo di parti. Qui c'è il punto di vista dell'accusa e quello della difesa. Ci sono prove da una parte e dall'altra. Il giudice deve motivare perché non ritiene attendibili le prove contrarie (art. 546 cpp) e non se la può cavare dicendo che quello che dice l'imputato è aria fritta proprio perché lo dice l'imputato.

Non basta costruire una ipotesi di accusa coerente e portare elementi a favore. Bisogna distruggere ogni plausibile controipotesi. La struttura della motivazione si complica: il giudice deve motivare su ipotesi e controipotesi. Il sindacato della Cassazione si amplia perché si espande il vizio logico e si restringe l'area del c.d. merito. Il dolo diventa sempre più *quaestio iuris* e sempre meno *quaestio facti*.

4. *Quando va provato il dolo. L'errore di vedere il dolo presunto laddove non c'è controversia sul dolo*

Nel processo va provata l'imputazione. Il capo di imputazione è una macro-ipotesi, che si divide in sub-ipotesi (la condotta, l'evento, il nesso di cau-

salità ecc.). Il dolo è una sub-ipotesi. Se inseriamo tutto questo nel contesto della presunzione di innocenza, del divieto di presunzioni legali, del divieto di inversione dell'onere della prova e del principio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, sembra chiaro che tutto grava sull'accusa e nulla sulla difesa.

Il panorama appena delineato è però un resoconto incompleto di come vanno effettivamente le cose nel processo. È una immagine statica, che non dà conto della dinamica dell'accertamento probatorio.

Occorre considerare, infatti, anche un altro principio fondamentale del processo: il principio della ragionevole durata. Cioè un principio di efficienza processuale, riassumibile in uno slogan: "*nessuna attività processuale inutile*". Il che significa: nel processo va provato solo ciò che è controverso.

Ecco il legame tra il principio costituzionale di ragionevole durata e la struttura tipica del processo: la controversia.

In un agguato di mafia in cui sulla vittima viene scaricato un intero caricatore di kalashnikov, di tutto si può discutere tranne che di dolo. Ma a nessuno verrà in mente di dire che nell'omicidio il dolo è presunto o in re ipsa! C'è una rapina in banca. Qui l'accusa non deve provare il dolo semplicemente perché nessuno ne dubita. Non c'è nessuna presunzione di dolo. Semplicemente non c'è controversia sul dolo.

Nessuno ha mai sostenuto che l'imputabilità sia presunta, Ma nessun difensore pretenderà che il pubblico ministero all'inizio di ogni processo dimostri che l'imputato sia imputabile! E nessun difensore sarà così originale da impugnare per omessa motivazione quella sentenza che non dice una parola sull'imputabilità.

In un processo contumaciale non è certo tenuto il pm a dimostrare che l'imputato è in vita (e magari dare questa dimostrazione ad ogni udienza di rinvio: con un senso vagamente iettatorio). Non c'è nessuna presunzione legale. Semplicemente è inutile provare ciò che nessuno pone in discussione. Se qualcuno ha qualche dubbio lo dica, argomenti e il pm accerterà se l'imputato è vivo o no.

Va chiarito che i confini della controversia non sono stabiliti solo dalle parti ma anche dal giudice, che può indicare alle parti temi nuovi di prova (art. 506 cpp) e che ben può assolvere per mancanza di dolo (art. 129 cpp.) se tale mancanza emerge dagli atti. E il giudice può farlo indipendentemente dal fatto che la difesa abbia sollevato una controversia sul punto.

Quindi l'obbligo di provare il dolo sorge solo quando c'è controversia (sollevata dalle parti o di ufficio) sul dolo. Non c'è nessuna presunzione di dolo. C'è solo l'irrelevanza processuale del dolo come oggetto di prova (art. 187 cpp), fino a quando non si crei una controversia sul punto.

5. A proposito di presunzioni.

Le presunzioni della legge e gli argomenti del giudice

Il legislatore teoricamente può fare tre cose quando maneggia un elemento di difficile prova.

La prima cosa è quella di costruire la fattispecie penale lasciando fuori dalla sua struttura l'elemento difficile da provare. Per esempio, nelle fattispecie di pericolo astratto il legislatore solleva l'accusa dalla difficile prova del pericolo, ponendolo fuori dalla fattispecie. Fino a che punto il legislatore possa farlo, è discussione nota.

Una seconda possibilità teorica sarebbe quella di creare una presunzione *iuris et de iure* (che gli angloamericani chiamano *mandatory unrebuttable presumption*). Strada sbarrata: il legislatore non può costruire reati a dolo presunto *iuris et de iure*. Sarebbe peggio che costruire fattispecie a responsabilità oggettiva: perché al danno si aggiungerebbe la beffa.

Una terza possibilità teorica sarebbe quella di costruire fattispecie a dolo presunto *iuris tantum* (gli angloamericani parlerebbero di *mandatory rebuttable presumption*). Ma anche qui il percorso sarebbe incostituzionale perché si sposterebbe l'onere della prova dall'accusa alla difesa. Non l'accusa deve provare la colpevolezza (cioè il dolo), ma la difesa deve provare l'innocenza (cioè la mancanza di dolo).

Quindi nel processo penale non c'è spazio per presunzioni legali di nessun genere.

Ma il discorso non è finito. Passiamo dalle presunzioni legali a quelle del giudice. Da noi si chiamano presunzioni *hominis* o *iudicis*. Gli angloamericani molto efficacemente le chiamano *permissive inferences*. Qui la presunzione non ha nulla della presunzione. È un argomento basato su una inferenza: fatto noto-criterio di inferenza-fatto ignoto.

Il giudice non è tenuto a trarre questa inferenza. Può farlo, ma può anche non farlo. Nessuno glielo impone e nessuno glielo vieta. Tutto dipende dai criteri di inferenza disponibili. Data l'informazione probatoria x (fatto noto), il giudice applicherà il criterio di inferenza j che lo porterà alla conclusione y dell'esistenza del dolo (fatto ignoto), solo se il criterio di inferenza j è molto più plausibile di qualche altro criterio di inferenza che possa portare alla conclusione opposta.

Arriviamo così al centro del problema. Non si tratta di dolo presunto o *in re ipsa* o di inversione dell'onere della prova.

Si tratta di analizzare la struttura del ragionamento inferenziale del giudice e di valutarne la plausibilità razionale.

6. *Le inferenze logiche del giudice:*
il principio di normalità e il principio di razionalità

Nel provare l'ipotesi accusatoria il pubblico ministero si basa su due fondamentali criteri di inferenza: il *principio di normalità* e il *principio di razionalità*.

Il primo principio ci dice che occorre partire dalla ipotesi ricostruttiva del fatto che risponde – per usare l'espressione di Aristotele – a “*ciò che avviene per lo più*”. È un principio logico applicato costantemente in epistemologia: si parte da ciò che è normale, non da ciò che è eccezionale. In termini bayesiani diremmo: si parte dall'ipotesi che ha la più alta probabilità logica antecedente (in base alle nostre conoscenze del momento e prima dell'acquisizione di specifiche prove). Se ho febbre, mal di testa e vomito, qualsiasi medico penserà che io abbia l'influenza. Sarebbe stravagante sottopormi a costose analisi per escludere che io abbia una malattia tropicale. Le cose cambierebbero se dicesi al medico che da pochi giorni sono tornato da un paese equatoriale.

In questa prospettiva vanno visti i c.d. casi di dolo *in re ipsa*.

Prendiamo la diffamazione. Se *X* pubblicamente dice che *Y* è un imbecille, al pm basterà dimostrare che *X* pubblicamente ha usato quell'espressione parlando di *Y*. Nessuno chiederà mai al pm di dimostrare che per *X* essere chiamato imbecille è gratificante, per cui *X* non si rendeva conto di offendere *Y* (e oltretutto non basterebbe neppure: non conta quello che pensa *X*, conta se *X* sa che per il resto del mondo *imbecille* è una parola poco lusinghiera). Il principio di normalità ci dice che quella parola è offensiva e che tutti sanno che lo è.

Se invece *X* pubblicamente qualificasse *Y* come “gay”, allora immediatamente il problema del dolo diventerebbe centrale perché viene meno il criterio di normalità: oggi non è normale associare alla parola *gay* una carica offensiva.

Ecco dunque che non si può parlare di reati pregnanti in cui il dolo sarebbe *in re ipsa*. Occorre parlare di *fatti intrinseci di dolo* e non di *fattispecie astratte pregnanti*. Cioè si deve considerare il contesto storico, processualmente ricostruito.

Prendiamo un altro caso tipico di *dolus in re ipsa*: il falso ideologico.

Se un notaio attesta che *X* ha messo la firma in sua presenza e il pm dimostra che *X* in quel momento era a 10.000 km di distanza, c'è quanto basta per ritenere il dolo del falso. Il pm non deve sentire tutto il personale dell'ufficio per scoprire se per caso in quel momento il notaio stesse facendo più atti con-

temporaneamente o avesse un subitaneo stato crepuscolare o altre cose del genere, tali da escludere il dolo. Sarebbe una clamorosa perdita di tempo, di energie e di soldi.

Facciamo invece il caso che il notaio attesti che il rogitante è nel pieno possesso delle sue capacità mentali e qualcuno provi il contrario, accusando di falso il notaio. Subito scatta il problema del dolo, perché in questi casi non c'è un criterio di normalità che ci garantisca – al di là di ogni ragionevole dubbio – che il notaio si sia sbagliato e non sia piuttosto in mala fede.

Dunque, anche per il falso ideologico non può parlarsi di *dolus in re ipsa*. Si può parlare solo di casi in cui sorge controversia sul dolo e casi in cui tale controversia non c'è.

Veniamo al principio di razionalità. Esso ci dice che il giudice deve (si badi bene: *in linea di massima*) ricostruire e valutare i comportamenti umani come se fossero posti in essere da un agente razionale. Questo principio innerva tutto il sistema giuridico: c'è la razionalità del legislatore (art. 3 Cost.), la razionalità dell'imputato e del condannato (art. 27 Cost), la razionalità del giudice (art. 111 Cost., che prevede la motivazione).

Il principio di razionalità è particolarmente importante per l'accertamento del dolo.

Si è detto che il dolo si prova facendo una inferenza. Per fare inferenze occorrono criteri di inferenza (le vecchie, care massime di esperienza). Ma i criteri di inferenza devono essere generali. Devono valere cioè per una serie illimitata di casi, non solo per un caso singolo: non esistono criteri di inferenza *usa e getta*.

Ora, se il giudice puntasse sugli atteggiamenti emotivi-volitivi dell'imputato (desiderio, paura, speranza, fiducia e simili), non riuscirebbe mai a trovare un criterio di inferenza generalizzante. In uno stesso contesto di fatto, è più facile che le persone *prevedano* la stessa cosa che *desiderino* la stessa cosa. C'è tra gli esseri umani conformismo negli stati cognitivi ma non negli stati volitivi.

Ecco perché le teorie volutaristiche del dolo funzionano male processualmente. Non consentono criteri di inferenza sufficientemente generalizzanti e tali da superare la soglia del ragionevole dubbio.

Ma c'è di più. Tali teorie possono condurre anche a risultati iniqui *contra reum*. Facciamo il caso che l'inerte X urlando “*ti ammazzo*” si scagli a corpo morto contro quel bestione di Y, il quale perde l'equilibrio, sbatte la testa e muore. X ha manifestato *urbi et orbi* il suo desiderio-volontà. Anche se la probabilità di uccidere era minima, X probabilmente sarà ritenuto colpevole di omicidio intenzionale (dove la probabilità dell'evento è irrilevante, purché

l'azione sia idonea). Ora, quante volte si urlano frasi truculente senza che ad esse risponda una reale intenzione? Lo si fa per incutere paura, per farsi coraggio, per sfogare rabbia ecc. Secondo la teoria della volontà abbiamo quanto occorre per ritenere il dolo di omicidio...

Ecco perché il giudice punta sulla teoria della rappresentazione, che funziona meglio nel processo perché si lega al principio di razionalità. Date certe informazioni, un uomo razionale normalmente si rappresenta certe conseguenze derivanti dalla propria azione. È il principio di razionalità che rende *prevedibili* – e quindi *previsti* – certi eventi.

Alla fine, il problema non è oggettivizzare il dolo, si tratta semplicemente di razionalizzarlo.

Il dolo è volizione, ma è la rappresentazione a dare la prova di tale volizione.

7. I limiti probatori dei criteri di inferenza normalità-razionalità.

Dal vecchio onere di allegazione al nuovo onere di argomentazione

Il fatto è che i criteri di inferenza della razionalità-normalità sono criteri *generali*, ma non *universali*. Cioè si applicano alla stragrande maggioranza di casi, ma non a tutti i casi. Sono regole che ammettono eccezioni.

Vanno chiarito un punto. Qui non si sta parlando di prova *prima facie*, cioè di una prova minore data dall'accusa, necessaria per spostare l'onere della prova sulla difesa. L'accusa deve dare la prova di tutti gli elementi del fatto ogni oltre ragionevole dubbio. Ma questo standard probatorio ben può dirsi raggiunto quando si verificano due condizioni: a) viene applicato un criterio di inferenza, che – *nella generalità e normalità dei casi* – dimostra il dolo; b) non risulta che il caso concreto sia eccezione alla regola.

In sostanza, se dagli atti emerge un possibile elemento che potrebbe escludere il dolo, l'accusa è tenuta a provarlo e il giudice è tenuto a disporre dei suoi poteri integrativi di accertamento (artt. 506 e 507 cpp). Il processo di parti si basa sulla controversia. Se la controversia sul dolo non è sollevata di ufficio, tocca alla difesa sollevarla.

Questo onere di controversia è diverso dall'onere di allegazione del processo inquisitorio.

L'onere di allegazione era un onere giuridico, che nascondeva un vero e proprio onere di prova. Era un onere di dare nuove informazioni (che poi il pm avrebbe verificato). Aggravando il *quantum* di informazioni occorrenti

per ritenere soddisfatto l'onere, si poteva agevolmente sostenere che la difesa non avesse adempiuto l'onere.

La distribuzione dei compiti *allegazione (difesa)-prova (accusa)* in pratica era un inganno processuale. Infatti, per allegare fatti specifici la difesa deve cercare informazioni concrete, cioè deve svolgere una indagine per l'imputato. E se la difesa non trova queste informazioni, non ha adempiuto l'onere. Venuto meno l'onere di allegazione sul dolo, non scatta per il pubblico ministero l'onere di prova del dolo.

Nel processo di parti non c'è un onere di allegazione, ma un onere di argomentazione. La difesa deve presentare argomenti capaci di mettere in dubbio l'accusa. Normalmente tali argomenti si baseranno su nuove informazioni. Ma possono basarsi anche su una diversa interpretazione delle informazioni date dall'accusa.

La distinzione inquisitoria tra onere di prova per l'accusa e onere di allegazione per la difesa era netta, perché basata sul principio di tipicità processuale.

Col processo di parti le cose cambiano. Il principio di tipicità (come per il diritto sostanziale) va integrato col principio di bilanciamento: bilanciamento tra presunzione di innocenza e ragionevole durata, cioè il principio di efficienza processuale. Un bilanciamento che va fatto non in astratto, ma caso per caso.

Nel processo penale la prova ricade tutta sull'accusa. Il pm deve cercare anche le prove a favore della difesa. Ma se non le trova, è la difesa che deve darsi da fare, se può.

Il pm ti sequestra in casa un quadro d'autore rubato. Ti accusa di ricettazione e tu ti difendi dicendo semplicemente: *"l'ho avuto in buona fede"*. Cosa deve fare il pm? Verificare tra tutti i tuoi parenti e amici che ci sia qualcuno che ti abbia regalato il quadro? Verificare che tu non l'abbia trovato sul ciglio di una qualche strada nei giorni o nei mesi o negli anni scorsi? Verificare presso tutte le aste in Italia e all'estero che non ti abbiano venduto quel quadro? Se hai delle informazioni che ti scagionino tirale fuori e l'accusa le verificherà. Altrimenti peggio per te.

Qui non è che la difesa deve provare l'innocenza e non l'accusa la colpevolezza. Qui l'accusa ha provato la colpevolezza *in base a tutta l'evidenza disponibile*. E la difesa che – pur potendolo fare – non ha fornito ulteriori informazioni favorevoli in suo possesso. Le informazioni vanno date da chi è nelle migliori condizioni per farlo.

Quindi non *un onere di allegazione-prova* (come nel vecchio inquisitorio). Ma *un onere di controversia*. Però la controversia sorge non perché una parte

dice: “*contesto il dolo*”, punto e basta. La controversia sorge quando c’è un dubbio ragionevole attorno ad un elemento del reato. Non è ragionevole il dubbio immaginario, congetturale, teorico. È ragionevole il dubbio che nasca dai fatti. Quando il giudice o la difesa solleva una controversia, ci devono essere argomenti ed elementi di fatto specifici.

Due esempi chiariranno meglio questo aspetto. In un processo indiziario, una mossa formidabile dell’accusa è quella di provare non solo la propria ipotesi, ma anche quella di provare l’inesistenza di piste alternative. Facciamo il caso che il pm abbia provato il primo punto ma non il secondo.

Nessun giudice assolverà perché il pm non ha dimostrato l’inesistenza di ipotesi alternative, se negli atti non c’è una traccia significativa di tali piste. Un ricorso in cassazione del pm avrebbe moltissime probabilità di successo perché la motivazione del giudice sarebbe apodittica: quali piste?

Facciamo il caso che la difesa impugni la condanna perché non sono state sondate ipotesi alternative. Può farlo sotto il profilo dell’omessa acquisizione di prove decisive. Ma quali prove? La difesa deve addurre elementi concreti, altrimenti il ricorso è inammissibile per mancanza di specificità.

8. *Il dolo in cassazione: quaestio facti o quaestio iuris?*

In cassazione il dolo viene in rilievo o come *quaestio facti* (e cioè vizio di motivazione) o come *quaestio iuris* (e dunque violazione di legge).

X spara due colpi di pistola ad Y ferendolo ad un braccio. Il giudice di merito dice: tentato omicidio. La difesa impugna. E può farlo sotto due profili.

Il primo è il vizio di motivazione: non è vero che i colpi fossero due, era uno solo; oppure, la ricostruzione del giudice è incompleta perché non ha tenuto conto della traiettoria del proiettile, della distanza tra gli antagonisti e dell’abbassamento repentino della vittima.

Il secondo è la violazione di legge. Non si discute la ricostruzione storica del fatto: il fatto è quello e non c’è nulla da dire. Si discute la qualificazione normativa del fatto. Quello stesso fatto che il giudice qualifica come tentato omicidio io lo qualifico come lesioni volontarie.

In questo caso io non valuto le prove, valuto il fatto. Non mi chiedo se una prova è attendibile o no. Seleziono gli aspetti del fatto che mi sembrano rilevanti ai fini della sua qualificazione giuridica.

Anche nel fare questa operazione ci può essere un vizio logico: do rilievo ad un aspetto irrilevante (per esempio, la mancanza di un motivo serio per

uccidere) e trascurato aspetti decisivi (per esempio, numero e direzione dei colpi). Tale errore logico mi porta ad una diversa qualificazione normativa del fatto (ci ravviso un dolo di omicidio anziché di lesioni).

Questo vizio logico nel ragionamento del giudice è *quaestio facti* o è *quaestio iuris*? La Cassazione si mantiene le mani libere.

Se la Cassazione ha a disposizione tutte le informazioni rilevanti, opera la qualificazione normativa del fatto. Siamo sempre nella *quaestio iuris*.

Può darsi però che la Cassazione non sia in grado di fare tale operazione perché non ha informazioni sufficienti (per esempio, il giudice di merito non ha accertato la traiettoria del proiettile).

In questo caso c'è quello che i francesi chiamano *default de base légale*. Allora la Cassazione annulla con rinvio perché il giudice acquisisca l'informazione mancante.

La *quaestio iuris* si è trasformata in *quaestio facti*. Il che dimostra come nel processo il *fatto* possa diventare *diritto* e il *diritto* possa diventare *fatto*.

La *quaestio facti* è pregiudiziale alla *quaestio iuris*. Se non è correttamente risolta la prima, non può essere correttamente risolta la seconda.

9. *Dolus in re ipsa e presunzione di dolo: come operano nel processo? Omessa motivazione o vizio logico?*

Se per *dolus in re ipsa* e presunzione di dolo intendiamo dire che sono le stesse fattispecie incriminatrici a contenere tali prescrizioni, allora è evidente che si tratterebbe di norme incostituzionali: nel caso di *dolus in re ipsa*, in pratica si eliminerebbe il dolo dalla fattispecie (e dunque saremmo nella responsabilità oggettiva); nel caso di presunzione di dolo (si suppone *iuris tantum*, altrimenti ricadremmo nel caso precedente) si creerebbe una inversione dell'onere della prova in patente violazione del principio costituzionale della presunzione di innocenza.

Possiamo invece pensare che sia il giudice a riscrivere arbitrariamente la fattispecie eliminandone il dolo: un giudice che, per esempio scrivesse in sentenza che il falso ideologico non richiede il dolo. Saremmo nella *quaestio iuris*, ma si tratterebbe di un caso improbabile. Nessun giudice si sognerebbe di dire una cosa del genere.

Allora *dolus in re ipsa* e presunzioni di dolo riguarderebbe la motivazione delle sentenze: cioè le tecniche decisorie e argomentative del giudice nel risolvere la *quaestio facti*.

In questo caso saremmo nel vizio di motivazione, ma con una diversità rilevante.

Dolus in re ipsa significa che il giudice trae automaticamente dalle modalità del fatto l'esistenza del dolo: qui una motivazione c'è anche se viziata.

Dolo presunto significa che il giudice trae la prova del dolo dal fatto che la difesa non ne ha dimostrato l'inesistenza: qui addirittura mancherebbe la motivazione.

Ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione in cassazione – sotto il profilo della specificità del motivo – non è la stessa cosa la mancanza di motivazione dalla illogicità della motivazione.

Dolus in re ipsa e dolo presunto sono formule fuorvianti, che rischiano di penalizzare la difesa nel processo. È facile per il giudice dell'impugnazione dire che una motivazione sul dolo comunque c'è e che la difesa non ha spiegato perché sarebbe illogica questa motivazione.

Dunque, se davvero si vuole garantire la difesa occorre agganciare dolo *in re ipsa* e dolo presunto al vizio logico della motivazione.

Allora arriviamo al vero problema del dolo nel processo: capire quale è la struttura logica dell'argomento usato dal giudice per provare il dolo. Una volta ricostruiti i passaggi logici dell'argomentazione, si tratta di individuare i punti deboli di questa catena inferenziale.

Solo così il dolo può avere valore nel processo e il processo può essere fedele al diritto penale. Altrimenti, dolo *in re ipsa* e dolo presunto processualmente portano in un vicolo cieco.

9.1. Il doppio significato della presunzione di dolo

Come il colesterolo, c'è una presunzione cattiva e una buona.

Quella cattiva è il significato classico che ci proviene dal diritto comune (*“semper presumitur abesse dolus, nisi probetur adesse”*). Qui il dolo si presume a meno che l'imputato provi il contrario. Non è con questo tipo di presunzione che si lavora nel processo. Scagliarsi contro questo tipo di presunzione è sparare alle ombre.

Ma c'è la presunzione buona: dai criteri di inferenza di normalità e razionalità noi giungiamo ad affermare la volontà. *Se e cosa* l'imputato ha veramente voluto, noi non lo sapremo mai e neppure ci interessa. Quel che conta è cosa una persona normale e razionale avrebbe pensato e voluto.

Alla volontà storica si sostituisce la volontà razionale ricostruita nel processo. Oltre, il processo non è – con i mezzi moderni di prova – in grado di andare.

La presunzione negativa pregiudica la difesa perché è una petizione di principio sostanziale che crea una regola processuale *contra reum*.

La presunzione positiva non è a monte, ma a valle del procedimento probatorio. Sta tutte sulle spalle dell'accusa. È un percorso accidentato che chiede inferenze e tante informazioni fattuali. Qui la difesa di carte da giocare ne ha tante.

10. *La prova del dolo intenzionale. Il movente e la condotta*

Singolare la parabola storica del dolo. Per secoli si è continuamente arricchito di contenuti (fino a giungere ad includere la volontà di violare la legge penale). Dalla seconda metà dell'Ottocento il dolo invece ha cominciato a perdere pezzi, che espulsi dalla sua struttura sono diventati indizi di esso.

Il dolo intenzionale è un ritorno alle origini: è *dolus malus, voluntas prava*. Ma quella pravit  è ora diventato *motivo*, cioè un elemento di prova. Così la speranza, il desiderio, la paura non fanno pi  parte del dolo ma servono alla sua prova.

Per il movente i criteri di inferenza della normalit  e dell'agente razionale valgono poco. Normalmente non c'  nessun movente per uccidere e nessun agente razionale lo farebbe. Pertanto, la ricerca del movente va individualizzata. Come diceva De Marsico, il movente   l'uomo stesso.

Qui non conta la probabilit  dell'evento C'  dolo intenzionale anche quando la probabilit  dell'evento   minima. L'intenzione   soverchiante rispetto alla probabilit . Provata l'idoneit  della condotta e trovato il movente, c'  quanto basta per ritenere accertato il dolo intenzionale.

Dunque, per il dolo intenzionale non occorrono i passaggi logici *probabilit -prevedibilit -previsione-volizione* richiesti per il dolo eventuale.

Due sono le strade maestre di accertamento del dolo intenzionale: il movente e la condotta.

Quando la condotta   grondante di intenzionalit ,   superfluo pure il movente: se io scarico un intero caricatore su Y, non   necessario accertare perch  l'ho fatto.

Se io, senza avere il porto di arma, vengo sorpreso con una pistola in tasca, sarebbe davvero stravagante una difesa che sostenesse la mancanza di dolo.

Sotto questo profilo la teoria finalistica dell'azione rispecchia la realt  processuale: il dolo   nell'atto, ne impregna la struttura.

Ma anche qui non c'  presunzione, ma inferenza: il dolo   desunto *ex qualitate facti*, come si diceva nel diritto comune

11. *Movente e scopo.*

Gli argomenti per provare il dolo nell'abuso di ufficio

Occorre distinguere movente e scopo. Se sparo alla testa di *Y*, il mio scopo è uccidere. I motivi possono essere infiniti. Se provi il movente, hai provato lo scopo. Ma non è vero il contrario.

Questa distinzione è stata sottovalutata dal legislatore quando, per restringere la portata di una fattispecie, vi inserisce il dolo intenzionale. Il legislatore pensa in tal modo di inasprire la prova, dovendosi provare – oltre la condotta – anche il movente.

Ma nel processo, per provare il dolo intenzionale quando non è possibile provare il movente, si punta a provare lo scopo. E la prova dello scopo si trae di solito dalla condotta.

Prendiamo l'abuso di ufficio.

Il sindaco concede una concessione edilizia illegittima a suo fratello. L'atto è illegittimo, il sindaco avrebbe dovuto astenersi, c'è un vantaggio patrimoniale ingiusto per il beneficiario, c'è un chiaro movente. Per la difesa sostenere la mancanza di dolo è mossa disperata.

Facciamo una variante all'esempio. La concessione illegittima non viene rilasciata al fratello del sindaco ma ad un imprenditore. Cambia davvero qualcosa?

Il giudice potrebbe ragionare così: a) la concessione è palesemente illegittima (tanto è vero che in casi analoghi è stata rifiutata); b) qualsiasi sindaco di normale esperienza si sarebbe reso conto della illegittimità della concessione (ecco il criterio di inferenza della normalità); c) il sindaco *X* è una persona normale (nulla negli atti fa sorgere il ragionevole dubbio del contrario); d) dunque, il sindaco *X* si è reso conto della illegittimità della concessione; e) la concessione ha favorito l'imprenditore *Y* e qualsiasi persona normale avrebbe potuto prevedere tale risultato (trattandosi di effetto immediato e diretto dell'atto); f) dunque il sindaco *X* ha preveduto il vantaggio ingiusto per *Y*; g) qualsiasi persona razionale – che sa che l'atto è illegittimo e oggettivamente procura un vantaggio ingiusto al suo destinatario – se lo pone in essere, evidentemente vuole l'atto e vuole il risultato; h) il sindaco *X* è una persona razionale (nulla negli atti fa sorgere il ragionevole dubbio del contrario); i) dunque, il sindaco *X* ha posto in essere l'atto con l'intenzione di avvantaggiare *Y*.

Ecco il protocollo logico che il giudice può usare.

Ed è da qui (e non da astratte figure di dolo presunto o *in re ipsa*) che deve partire la difesa se vuole controvertere sul dolo.

Quali sono i punti deboli di tale ragionamento in cui potrebbe inserirsi la difesa?

Sono due: la coscienza dell'illegittimità dell'atto e la mancanza di un movente. Il sindaco poteva aver agito pensando di essere nel giusto e, del resto, non si vede perché avrebbe dovuto porre in essere un atto illegittimo se non aveva un movente per farlo.

Qui la difesa potrebbe contrapporre un criterio di inferenza efficace: nessuno compie scientemente un atto illegittimo (che lo esporrebbe a conseguenze di vario genere) se non ha un motivo per farlo.

Con questa mossa l'accusa è nell'angolo. Può reagire dando scacco alla difesa, solo dimostrando che in casi analoghi e verso altri soggetti il sindaco aveva agito diversamente, rifiutando la concessione edilizia. Così non si prova il movente, ma si prova lo scopo della condotta e quindi l'intenzionalità dell'agente.

Facciamo un altro esempio. Un sindaco intende perseguire l'efficienza di un servizio. A tal fine dà il posto ad una persona non legittimata ma competente, e lo sottrae a persona legittimata ma clamorosamente incapace.

C'è l'abuso? La difesa dirà: nessuna intenzione di favorire o danneggiare qualcuno, solo l'incrollabile determinazione di fare il bene della pubblica amministrazione.

Ma ecco il controargomento dell'accusa: scomponiamo gli eventi e le intenzioni e distinguiamo lo scopo dal movente.

In questa vicenda ci sono due eventi e due intenzioni concatenate. Un primo evento: hai favorito X, danneggiando Y. Hai intenzionalmente perseguito questo evento (che è l'unico evento previsto dalla struttura del reato)? Sì, perché questo evento intermedio era strumentale – nel tuo disegno – all'evento finale (estraneo alla fattispecie) del perseguimento del bene pubblico.

C'è un evento intermedio e un evento finale. Il primo è strumentale al secondo. Ci sono due intenzioni: c'è un'intenzione volta a realizzare l'evento intermedio e c'è l'intenzione finale volta al bene collettivo. Attraverso questa scomposizione ed espunzione di eventi ed intenzioni, si arriva a ritenere provato nel caso concreto il dolo intenzionale. Tu ponendo in essere l'atto illegittimo di nomina di X, volevi – dunque, *intendevi* – favorire X sia pura al fine di rendere efficiente il servizio amministrativo. Lo *scopo* era favorire X. Il *movente* era promuovere l'efficienza del servizio.

Un'ultima aggiunta: l'esempio dimostra come in questo caso il dolo intenzionale assorba il dolo diretto: l'atto amministrativo comporta causalmente (al 100%) il vantaggio per il vincitore di concorso non legittimato e la perdita (anche patrimoniale) per l'altro.

12. *Il dolo dei capi dell'associazione mafiosa per i delitti-scopo c.d. eccellenti: provare il fatto (dolo) provando una regola*

Siamo ai confini del diritto probatorio. C'è una invulnerabilità alla prova dei mandanti.

Per superare questo scoglio solitamente si prospetta il seguente argomento: a) premessa maggiore: "ogni omicidio strategico è deliberato dalla Commissione mafiosa"; b) premessa minore: è stato eseguito un omicidio strategico; c) conclusione: tale omicidio è stato deliberato dalla Commissione mafiosa.

Di qui l'ulteriore sillogismo: chi è membro della Commissione partecipa alla deliberazione dei delitti eccellenti; X è membro della Commissione; X partecipa alla deliberazione dei delitti eccellenti.

Dunque, i capi "non potevano non sapere" e "non potevano non volere".

Messo così l'argomento è davvero inaccettabile. Si punisce uno status, non una condotta: dalla posizione di garanzia del delitto colposo alla posizione di garanzia del delitto doloso (lì si *garantisce che non* avvenga un certo fatto; qui si *garantisce che*, se avviene un fatto, lo si è voluto).

Ma rendiamo l'argomento un po' più sofisticato.

Primo passaggio. Il pm deve provare al di là di ogni ragionevole dubbio che nell'associazione mafiosa vige una regola fondamentale: "solo la Commissione può deliberare gli omicidi strategici". Non c'è una raccolta delle leggi dell'ordinamento mafioso. Quindi, l'unico modo di provare l'esistenza della regola è la testimonianza dei legislatori (mafiosi) e dei destinatari (mafiosi).

Secondo passaggio. Il pm deve provare non solo che la regola esiste sulla carta (si fa per dire), ma viene rispettata nei fatti. Se ci sono delle eccezioni si deve dimostrare che esse non falsifichino la regola, ma la confermino: cioè le eccezioni devono trovare spiegazione in un fattore *eccezionale* (esempio, crisi dell'associazione mafiosa per lotte interne) in cui la regola stessa si *autolimita*, cioè non opera.

Terzo passaggio. Il pm deve dimostrare che *nel caso concreto* la regola è stata applicata.

E per farlo deve applicare il metodo ipotetico-deduttivo tipico della prova delle leggi scientifiche e cioè deve stabilire: 1) che cosa accade se la regola viene rispettata; 2) che cosa accade se la regola non viene rispettata.

Ora, il pm prova (sulla base delle medesime fonti e di precedenti storici mafiosi) che se la regola viene rispettata (e dunque un omicidio eccellente viene commesso su autorizzazione del vertice) si verificano certi fatti e non se ne verificano certi altri: a) partecipazione all'esecuzione dell'omicidio di più

mandamenti, l'aura di consenso prima e dopo l'omicidio, funzionalità dell'omicidio agli interessi di tutti i capi ecc.; b) non si verificano altre manifestazioni (dissidi e sanzioni verso mandanti ed esecutori dell'omicidio, *casus belli* di una guerra civile all'interno del sistema mafioso).

Ultimo passaggio. Il pm prova che – nel caso concreto – dopo la commissione dell'omicidio, si sono palesati proprio quei fatti che si possono spiegare solo con il rispetto della regola e sarebbero incompatibili con la sua violazione.

In questo modo il pm prova al di là di ogni ragionevole dubbio: a) che esiste ed è effettiva la regola; b) che nel caso concreto la regola è stata rispettata; c) che l'ipotesi alternativa (e cioè che nel caso concreto la regola è stata violata) è incompatibile con i fatti provati.

L'argomento – così messo – si sottrae a qualsiasi presunzione di dolo o inversione dell'onere probatorio e a qualsiasi obiezione di apoditticità logica.

Non c'è nessun corto circuito probatorio. Nessuna scatola nera. In realtà, l'unica particolarità è questa: in genere un fatto si prova (esempio: che X sapesse una certa cosa) o perché qualcuno lo ha visto o perché lui stesso lo ha detto. In questo caso si prova un fatto, provando che è stata applicata una regola che implica quel fatto.

Perché dobbiamo rifiutare questo percorso probatorio? In conclusione, la prova nel processo non è solo la traccia sensibile che il reato ha lasciato. È anche la prova logica basata sull'esistenza di regole dell'ordinamento mafioso, vigenti e applicate nel caso concreto.

La difesa può muovere tutta una serie di obiezioni, focalizzate intorno a due punti: a) che non esiste una regola siffatta; b) che tale regola nel caso in esame è stata violata. Quindi la difesa ha carte potenti da giocare. Dunque le sue garanzie non sono pregiudicate, perché non c'è né presunzione di dolo né inversione probatoria.

Ma non è finita. La difesa potrebbe obiettare e dire: "*La responsabilità penale è personale. L'imputato X è solo membro della Commissione. È ben possibile che X si sia opposto all'omicidio e sia stato messo in minoranza*". Questa è un'obiezione poco incisiva. Invero, se fai parte della Commissione mafiosa e non intendi dissociartene, vuol dire che ne accetti le regole, cioè accetti di uniformarti (e quindi di volere) anche le decisioni che non condividi.

13. *Il dolo di posizione nei reati economici.*

Oververo: come salvare il non poteva non sapere

Uno schema logico dello stesso tipo di quello applicato per i vertici mafiosi (*absit iniuria verbis!*) va applicato per la responsabilità degli amministratori operativi, in particolare nell'ambito del gruppo di imprese.

Il *non poteva non sapere* è formula scandalosa se la consideriamo come una presunzione *iuris tantum* con inversione probatoria o pensiamo ad essa come un automatismo concettuale.

Ma sviluppiamo la formula.

Se noi accertiamo i seguenti dati: 1) in quel gruppo societario c'era una regola di condotta per cui certe operazioni non potevano essere fatte senza il consenso dell'amministratore delegato (questa regola viene accertata con testimonianze, documenti, ordini di servizio, precedenti operazioni dello stesso tipo ecc.); 2) si accerta altresì che la regola è stata sempre rispettata fino ad allora; 3) si accerta altresì che in caso di violazione della regola, si verificherebbero determinate effetti (rilievi *dell'auditing* interno, annullamento dell'operazione, rettifica delle scritture contabili, richiami agli agenti, modifiche dei protocolli operativi con sanzioni ecc.); 4) si accerta che nessuno degli effetti ipotizzabili della violazione della regola si sono manifestati.

Allora abbiamo una regola operativa, che nulla fa pensare che non sia stata rispettata nel caso concreto.

Trasformiamo tutto in un argomento con premesse e conclusioni:

a) premessa maggiore: nella società *S* il tipo di operazione *o* è sempre portata a conoscenza dell'amministratore delegato;

a1) in caso di violazione della regola si verificherebbero anche le conseguenze *c*;

premesse minori:

b) *X* è amministratore delegato;

b1) è stata compiuta una operazione del tipo *o*;

b2) non vi sono state le reazioni previste in caso di violazione della regola;

Conclusione: la regola è stata rispettata, quindi *X* sapeva della operazione e l'ha approvata. Ecco come il *non poteva non sapere* e il *non poteva non volere* diventa razionale.

In altri termini, si applica alla regola operativa la stessa procedura di controllo che opera per la verifica delle teorie scientifiche.

Perché quella procedura valida per le teorie scientifiche non dovrebbe essere valida per le regole di condotta che governano l'interazione sociale all'interno dell'universo societario?

Ciò che c'è di sbagliato non è nella formula, ma nella mancata prova delle premesse. Cioè si dà per scontata una prassi e una regola che invece vanno provate.

Il problema è questo: che noi pensiamo che nel processo vadano provati soltanto i fatti. Nel processo vanno provate anche le regole di esperienza da cui dedurre i fatti.

Non è dalla qualifica di amministratore che si deduce il dolo. Ma dalle *consuetudini* societarie operanti anche nel caso concreto. Cioè dai fatti.

14. *Strategie processuali*: “non c'è dolo se c'è colpa”

La dottrina discute sull'assunto “*non c'è dolo senza colpa*”. Per il diritto penale probatorio è vero l'assunto opposto: “*non c'è dolo se c'è colpa*”. Ovvero sostenere l'ipotesi della colpa per escludere il dolo. Due sono le possibili linee di azione.

La prima: c'è la violazione di una regola cautelare (caso reale: un'auto investe un pedone e lo uccide; sembra un omicidio colposo, si scopre che era doloso). Tale violazione può essere dolosa o colposa. Dolo, dice l'accusa. Colpa, replica la difesa.

Qui la difesa è agevolata, perché lo stereotipo giuridico è che la violazione della regola cautelare sia colpa e non dolo (il criterio di normalità in questo caso gioca a favore della difesa).

È compito dell'accusa dimostrare che la violazione è talmente grave che non può spiegarsi con l'idea dell'*agente imprudente*, ma con quella dell'*agente doloso*.

Va aggiornato l'aforisma “*culpa lata dolo aequiparatur*”. La *culpa lata* è *in dicio grave* – anche se non univoco – del *dolo*.

La seconda: dalla prevedibilità alla previsione. L'accusa dice: “*l'evento era prevedibile, lo hai previsto, lo hai voluto*”.

Qui la difesa è in difficoltà perché deve spezzare l'implicazione logica *prevedibile-previsto*. Per farlo deve contrapporre al criterio di normalità-razionalità su cui fa leva l'accusa (ciò che è prevedibile viene anche previsto da un uomo normale e razionale) una eccezione nel caso specifico. Ma non può limitarsi ad una congettura, deve indicare fatti concreti.

Nel processo è proprio la logica del giudizio a rendere complicata questa strategia della difesa.

Invero, la colpa nel processo si presenta in una duplice veste: a) come elemento strutturale del reato, che deve essere provato dall'accusa; b) come *defense*, cioè come eccezione difensiva.

La colpa funziona diversamente nei due casi. Nel primo caso è il pubblico ministero che deve provare la colpa. Nel secondo caso è l'imputato che deve provare la propria colpa. Si parla di onere di allegazione e non di prova, ma questa distinzione spesso – lo si è visto – è nei fatti una ipocrisia. L'onere di allegazione deve essere specifico, cioè addurre fatti concreti, pertinenti e rilevanti. È qui il difficile.

Più è coerente e corroborata l'ipotesi del dolo sostenuta dall'accusa, più grave e urgente diventa l'onere della difesa di provare l'ipotesi alternativa della colpa.

Non può limitarsi a dire: “*l'imputato è stato imprudente*” o “*l'evento era prevedibile ma purtroppo l'imputato non lo ha previsto*”.

In un processo per colpa, la difesa può limitarsi a dire: provami la colpa.

Ma in un processo per dolo, la difesa non può limitarsi a dire: provami che non è in colpa. E magari aggiungere (garbatamente, per non offendere troppo il proprio assistito): l'imputato lo ha fatto perché è un rimbambito sbadato ignorante facilone.

L'accusa può replicare: come faccio ad indagare sull'atteggiamento imprudente, avventato dell'imputato se la difesa non mi dà alcuna informazione concreta, che io possa controllare?

A questo punto l'ipotesi dell'accusa (dolo) ha strada libera, perché la controipotesi della difesa (colpa) è meramente congetturale.

15. *Il reato omissivo puro.*

Ovvero: “c'è dolo a meno che non mi provi la colpa”

Questo è il caso in cui siamo più vicini al dolo presunto. L'accusa dice: “*avevi l'obbligo, lo sapevi, non lo hai adempiuto, sei in dolo*”. Pensiamo agli obblighi informativi mancanti o manchevoli alle varie *authorities*. Pensiamo agli omessi o ritardati versamenti di somme introitate da privati per conto di un ente pubblico.

Come schiva l'accusa l'obiezione difensiva della presunzione di dolo?

Lo fa con un ragionamento in tre mosse: a) se tu sai di avere un obbligo e

non lo adempi, normalmente lo fai volontariamente a meno che non ci sia qualcosa che te lo abbia impedito; b) dalle indagini svolte nulla è emerso e neppure la difesa ha allegato alcun impedimento specifico su cui io possa indagare: quindi è da ritenere che questo impedimento non ci sia stato; c) la violazione dell'obbligo ha giovato all'imputato, che dunque aveva un movente per l'omissione.

Ecco che quello che sembra un dolo presunto diventa la conclusione di un argomento che – coordinando l'omissione con criteri di inferenza della normalità e del movente e con la mancanza di informazioni dirimenti – porta alla prova del dolo.

Ecco che il diritto *processuale* al silenzio dell'imputato gli si rivolge *probatoriamente* contro. In questo modo non c'è una inversione dell'onere della prova, ma una distribuzione dell'onere della prova (l'accusa prova ciò che avviene di norma, la difesa deve allegare-provare l'eccezione).

Solo che si distribuisce *l'onere*, ma non il *rischio* della prova. Se non si prova l'eccezione, si afferma la regola. E chi paga è l'imputato.

16. *Il dolo eventuale. La magia di una formula ambigua*

È una formula potente, scandita in cinque tempi: probabilità, prevedibilità, previsione, accettazione del rischio, accettazione dell'evento.

L'evento è probabile, dunque è prevedibile. Tutto fa pensare che tu lo abbia previsto. Hai agito nonostante il rischio dell'evento, quindi hai accettato il rischio. La rappresentazione di questo evento possibile non ti ha trattenuto, quindi hai accettato l'evento.

Nel diritto sostanziale il dolo eventuale risolve un sacco di problemi.

Permette di schivare la responsabilità oggettiva, facendo entrare nell'oggetto della volontà le conseguenze prevedibili.

Permette di dilatare il dolo senza cadere nell'analogia *in malam partem*, creando una equivalenza logica tra intenzione (art. 43 c.p.) e accettazione dell'evento.

Sottrae terreno alla responsabilità oggettiva, ma non alla colpa (che è accettazione del rischio, ma non dell'evento)

Permette di coniugare teoria della rappresentazione (previsione dell'evento) con la teoria della volontà (accettazione dell'evento).

Dunque, dal punto di vista sostanziale, il dolo eventuale è una *garanzia*.

Lo scenario cambia drammaticamente se vediamo come il dolo eventuale

funziona nel processo: ha un successo sensazionale. È l'argomento più temuto dalle difese e più usato dai pubblici ministeri. Perché?

Perché il dolo eventuale rigira *contra reum* il dubbio sostanziale (quello nella testa dell'agente): infatti il dubbio sul rischio dell'evento non esclude il dolo.

Questo consente di neutralizzare sempre *contra reum* il dubbio processuale (cioè il ragionevole dubbio nella testa del giudice).

Insomma, all'accusa basta *provare il dubbio dell'imputato*.

Così la ricchezza sostanziale del dolo eventuale (previsione effettiva, accettazione del rischio, accettazione dell'evento) diventa povertà processuale: spesso la prova del dolo eventuale si riduce alla *prova di un rischio prevedibile*.

Infatti, la prevedibilità si prova provando la probabilità dell'evento. Un evento probabile (secondo le conoscenze disponibili) è sempre prevedibile.

Dalla prevedibilità alla previsione il passo è breve. Ciò che è prevedibile è di regola previsto da un agente normale e razionale. Il *prevedibile non previsto* è una evenienza eccezionale che – se non emerge per caso dagli atti – deve essere allegata e argomentata dalla difesa.

I passaggi logici ulteriori dalla previsione del rischio all'accettazione dell'evento sono perfino più agevoli. Basta calarsi nella concretezza del fatto: se agisci in una situazione di rischio concreto, incombente, come fai a dire che non hai accettato il rischio. E se il rischio è reale e palpabile, come fai a dire che hai rimosso l'evento, lo hai rifiutato?

In questo modo il dolo eventuale ti porta la prova su un piatto d'argento, perché permette di accertare il dolo, by-passando la volontà e puntando elusivamente sulla prevedibilità. Si semplifica la prova e quindi si dilata la provabilità del dolo anche nei territori più impervi come i reati omissivi o le zone di confine tra dolo e colpa.

Per la difesa non c'è scampo. Il dolo eventuale diventa automatismo logico. È la rivincita del processo inquisitorio sul processo di parti.

Allora dovremmo chiederci: come mai una garanzia sostanziale diventa uno strumento inquisitorio? E più in generale: quali sono i rapporti tra illuminismo giuridico e processo inquisitorio?

Viene il sospetto che l'illuminismo giuridico sia un pianeta luminoso. Ma disabitato.

17. *I punti processualmente deboli del dolo eventuale:
l'accettazione del rischio e dell'evento*

Il dolo eventuale deve la sua fortuna processuale a quello che è il nucleo del concetto: l'“*accettazione del rischio*”. Formula vaga, e quindi manipolabile.

Accettare il rischio significa voler correre un rischio, decidendo di agire in un certo modo. L'accettazione è un fenomeno psicologico e quindi rimaniamo nel campo del dolo come volontà, la definizione legislativa è rispettata. Ma è un dolo facilmente provabile: hai posto in essere una condotta che sapevi rischiosa? allora, come fai a dire che non hai accettato il rischio?

La vera fortuna della formula è qui, in questa parola evocativa: *rischio*. Perché il rischio è modulabile e consente di espandere o restringere la fattispecie, a seconda del disvalore sociale del fatto.

La giurisprudenza non dirà mai apertamente che il dolo eventuale muta di ampiezza a seconda del contesto di base lecito o illecito.

Ottiene però lo stesso risultato argomentando sul rischio.

Quando il rischio non è consentito, anche un livello medio-basso di rischio fa scattare il dolo. Se io gioco alla roulette russa e prima punto la pistola alla mia tempia e mi va bene e poi la punto alla tempia di Y e lo ammazzo, la percentuale di rischio è molto bassa (su 6 colpi è inferiore al 20 %). Nessuno dubita che il giudice ravviserà il dolo eventuale di omicidio, perché è socialmente intollerabile che si giochi con la vita umana.

Ma la dottrina muove una obiezione potente: perché il dolo eventuale sia dolo non basta accettare il rischio, è necessario accettare l'evento. Dunque, volere il rischio non significa accettare per forza l'evento.

Giustissimo. Ma cosa significa “*accettare l'evento*”? Nelle espressioni “*accettare il rischio*” e “*accettare l'evento*” il termine *accettazione* ha significati diversi.

“*Accettare il rischio*” significa dolo intenzionale di rischio: io ho l'intenzione di accettare il rischio, voglio correrlo.

“*Accettare l'evento*” significa che sono disposto a subire le conseguenze della mia azione: è un dolo di (eventuale) evento.

L'equivoco è semantico e riguarda la parola “*accettare*”. L'evento accade e non può essere accettato o rifiutato come un pacco postale. Prima che accade posso volere l'evento, dopo non posso farci niente, ne prendo atto e basta. Se io investo in borsa su *hedge funds* e perdo tutto, ho accettato il rischio di perdere. Questo non vuol dire che voglio perdere. Vuol dire che investo anche a costo di perdere. La perdita non l'ho voluta, me la sono cercata.

Si noti il passaggio semantico – sottile e cruciale – della teoria del dolo eventuale. Non si dice: “*vuoi l’evento*”. Si dice: “*accetti l’evento*”. Una equivalenza giuridica, cui non risponde però una equivalenza cognitiva. È difficile dire “*vuoi l’evento*” quando è chiaro che non lo desideri e ti auguri che non avvenga. Allora si dice “*accetti l’evento*” e questa accettazione, quasi fatalistica, è compatibile con il desiderio o l’auspicio che non si verifichi.

18. *Accettare il rischio e accettare l’evento sono fatti davvero diversi sul piano probatorio?*

Il diritto penale va costruito con concetti provabili. È inutile distinguere accettazione del rischio e accettazione dell’evento se poi bastano le stesse prove per provare tanto la prima quanto la seconda.

Se i concetti fossero realmente diversi dovremmo dire: ci sono prove che dimostrano solo l’accettazione del rischio, mentre ci vogliono prove ulteriori per dimostrare che, oltre al rischio, hai accettato anche l’evento. Quindi, ci sarebbero casi in cui si riesce a provare solo l’accettazione del rischio, ma non anche l’accettazione dell’evento.

Facciamo un caso non teorico: alcuni malviventi sequestrano un ostaggio in cattive condizioni di salute e lo buttano in una buca angusta sottoterra in pieno inverno. Dopo un po’ l’ostaggio rifiuta il cibo e vuole lasciarsi morire perché non tollera di vivere in quella situazione così degradata. Le sue condizioni peggiorano e i sequestratori a questo punto decidono: “*se muore sono guai seri, domani sera lo liberiamo; non lo facciamo subito perché è (per noi) troppo rischioso*”. Quando vanno per liberarlo, l’ostaggio è morto.

La Cassazione non ha dubbi: dolo eventuale, quindi ergastolo. Eppure qui abbiamo certamente la prova che i sequestratori hanno accettato il rischio, ma ci manca la prova (anzi, abbiamo la prova contraria) che i sequestratori hanno accettato l’evento. Ma le cose non stanno proprio così.

Se io agisco anche a costo di provocare l’evento, che significa “*anche a costo*”? Significa che – fatti i miei calcoli – sono disposto a correre il rischio che l’evento si verifichi, cioè sono disposto a provocare l’evento. Mi auguro di no, ma se accade, pazienza. Se io accetto il rischio, accetto l’evento.

Si replica: accettare il rischio e non l’evento significa che io ho agito nella convinzione che l’evento non si sarebbe verificato. E si aggiunge: nella colpa cosciente, c’è accettazione del rischio e non accettazione dell’evento.

Ma caliamo questa distinzione nella vita di tutti i giorni. Se io agisco nella

sicura convinzione che l'evento non si verificherà, io agisco nella consapevolezza di non correre alcun rischio. Io non voglio l'evento, perché a monte non voglio il rischio. Come posso dire di correre un rischio di provocare l'evento se sono convinto che l'evento non si verificherà?

Se io agisco in una situazione di dubbio (cioè spero che l'evento non si verifichi, ma c'è la probabilità concreta che invece accada), è ragionevole dire che io accetto il rischio ma non accetto l'evento?

È possibile distinguere concettualmente "*accettazione del rischio*" e "*accettazione dell'evento*" solo se nel primo caso intendiamo l'accettazione come volontà e nel secondo caso come desiderio: "*accetto il rischio, ma non desidero l'evento*".

Sul piano processuale *accettare l'evento* non aggiunge nulla all'*accettazione del rischio di evento*.

19. *Il paradosso della "accettazione dell'evento"*.

Si premia l'ottimista e si punisce il pessimista

Il rapinatore, inseguito dalla polizia, che spara e uccide il poliziotto, l'ultima cosa che vuole è proprio uccidere. Vuole fuggire, non uccidere.

Si osserva: se ha agito nella sicura convinzione che l'evento non si sarebbe verificato, è in colpa. Se ha agito nel dubbio o addirittura nella convinzione che si sarebbe verificato, è in dolo.

La teoria della volontà "pura" porta nel processo alla prova di un atteggiamento interiore con esiti a volte paradossali.

Facciamo un caso, tutt'altro che ipotetico. C'è una microspia in un'auto di malviventi inseguita dalla polizia. Si sente X, uno degli occupanti, dire: "*oggi è il mio giorno fortunato, tutto mi va bene, mi sento in forma, ora scarico un intero caricatore sull'auto che ci insegue, sono sicuro che non ferisco nessuno e però li blocco*". È documentata l'incrollabile fiducia del delinquente che l'evento-morte non si verificherà. Purtroppo avviene una mattanza. Colpa.

Lo stesso scenario, ma cambia il discorso. Y dice: "*anche se ho una mira infallibile, oggi mi va tutto storto, sento che se sparo anche un solo colpo ne ammazzo due. Però devo farlo, se nò questi ci prendono*". Spara e uccide. Ha agito nel dubbio dell'evento. Dolo.

È razionale tutto questo?

La difesa dice: l'imputato è un inguaribile ottimista, pensa sempre che le cose gli andranno per il meglio, anche in questo caso lo ha dominato l'ottimi-

smo: era sicuro al 101 % che l'evento non si sarebbe verificato, anzi ha accettato il rischio proprio nella sicura convinzione che gli sarebbe andata bene.

Cosa dovrebbe fare l'accusa, provare che l'imputato è un pessimista depresso? La "sicura fiducia" di scongiurare l'evento in questo caso premierebbe l'arrogante criminale. Processualmente la teoria della volontà premia l'ottimista e punisce il pessimista!

Nel processo tale teoria viene corretta dalla prova. Il giudice dirà che non ci sono prove di questa "sicura fiducia" o che le prove sono state artatamente costruite.

L'accettazione dell'evento come puro fenomeno psicologico non regge. Occorre introdurre un elemento normativo. Se non lo fa il diritto sostanziale, lo fa il processo.

20. *Il dolo eventuale e le credenze irrazionali*

X avvelena Y dandogli dell'arsenico e si difende: "*Non immaginavo che tale sostanza avesse un effetto letale!*". Sa benissimo che si tratta di arsenico, ma lui non crede alla scienza e crede ad un santone fondatore di una setta, secondo cui l'arsenico è sostanza salvifica. X mette una bomba incendiaria su un aereo, che esplose. Si difende dicendo che era convintissimo che gli aerei fossero a prova di bomba. E produce numerose testimonianze di amici e conoscenti (e-mail, pezzi di face book e cose varie) che testimoniano questa sua incrollabile credenza. Può portare tutte le prove che vuole, nessuno gli crederà mai.

Gli esempi possono essere più raffinati – fino ad arrivare alle omesse trasfusioni dei Testimoni di Geova – ma la sostanza non cambia.

Se diamo spazio alle credenze soggettive nel processo, la prova del dolo difficilmente supererebbe il ragionevole dubbio! L'imputato può sempre dire che era convinto che – anche se la probabilità era minima – l'evento non si sarebbe verificato. Se la credenza è un fatto puramente interiore e rilevano anche le credenze assurde, come facciamo a smentirlo?

La giurisprudenza in questi casi segue due sentieri.

Il primo punta sulla prova. Il giudice semplicemente non gli crede e lo liquida in due parole: è così assurda tale tesi difensiva che nessuna persona razionale ti crederebbe, ed io (giudice) sono una persona razionale e tu (imputato) fino a prova contraria sei una persona razionale.

Il secondo si dirige sul concetto di dolo: come sono irrilevanti gli stati d'a-

nimo (desiderio, speranza, timore ecc.) così sono irrilevanti le credenze che esorbitano dal patrimonio comune dell'uomo normale, dalla *everyday knowledge*.

Altrimenti, se la volontà è credenza soggettiva, allora anche la credenza irrazionale dovrebbe escludere il dolo.

Nel processo non conta la volontà soggettiva. Conta la volontà *presunta* dell'uomo normale e razionale.

21. *Il dolo eventuale: fatto psichico o funzione probatoria?*

Dolo eventuale come argumentum e dolo eventuale come substantia

Un esempio che capita abbastanza spesso nelle aule di giustizia: *X*, membro di una cosca mafiosa, viene incaricato di attirare *Y* – suo amico – con un tranello in un luogo isolato. Il capomafia vuole interrogare *Y* per sapere cosa sa di un certo omicidio. (Anche la mafia ha i suoi tribunali e il suo diritto sostanziale: solo che lì è meno avvertita la funzione probatoria del diritto sostanziale).

Tutti garantiscono a *X* che *Y* sarà rimandato a casa sulle sue gambe. *X* non vuole la morte di *Y*, anzi si augura con tutto il cuore che non avvenga. Puntualmente *Y* viene fatto fuori.

Quasi sicuramente *X* sarà condannato per omicidio doloso con dolo eventuale.

Qui non c'è nessun problema probatorio, perché abbiamo tutte le informazioni disponibili (abbiamo la fortuna di avere pentiti concordi che ci raccontano tutto nei dettagli). Si tratta di vedere se è configurabile il dolo o no: è *quaestio iuris*, non è *quaestio facti*.

Non è la prova che dilata il diritto penale, semmai è il *caso* (carico di disvalore sociale) che espande la *norma*.

Consideriamo ora un altro caso processualmente frequentissimo: scoppia una lite violenta, *X* aggredisce *Y* che muore. Dolo di morte, dice l'accusa. Dolo di lesione, dice la difesa.

Qui nasce un problema di prova, perché non sappiamo cosa ha veramente voluto *X*. Ecco che *l'argomento* del dolo eventuale serve a provare il dolo omicidiario.

Quindi c'è un dolo eventuale come fatto psichico reale e c'è un dolo eventuale come argomento per provare il dolo intenzionale nei casi dubbi.

Nel primo caso noi affermiamo: "*X ha voluto un evento molto probabile*".

Nel secondo caso noi concludiamo: “è molto probabile (al di là del ragionevole dubbio) che X abbia voluto l'evento”.

Il dolo eventuale come *argumentum* (funzione probatoria) pone una *quaestio facti*. Il dolo eventuale come *substantia* (elemento strutturale del reato) pone una *quaestio iuris*.

Il dolo eventuale come *argumentum* è un ragionamento che si nutre di informazioni fattuali e funziona o no, a seconda del contenuto di tali informazioni.

Il dolo eventuale come sostanza perde ogni contenuto informativo e ogni funzione logica: diventa un fatto da provare.

22. *Il dolo eventuale in funzione probatoria: una tecnica argomentativa per escludere il ragionevole dubbio*

Perché distinguere il dolo come argomento dal dolo come sostanza del reato? Per evitare una indiscriminata applicazione del dolo eventuale. Ogni argomento deve aderire al suo oggetto. Se si tratta di provare il dolo eventuale si userà l'argomento del dolo eventuale. Ma se il problema è provare il dolo intenzionale, non è corretto usare l'argomento del dolo eventuale.

Ripensiamo agli esempi di poco prima.

X ha colpito Y, che muore. In questo caso noi non sappiamo e non sapremo mai se veramente X volesse uccidere. Non ricostruiamo il ragionamento che ha fatto X. Ragioniamo nella nostra testa e trapiantiamo questo ragionamento nella testa di X. Spesso non c'è corrispondenza tra come ha pensato il giudice e come ha pensato l'imputato.

Se il dolo fosse solo dolo intenzionale, ci troveremmo in presenza di un ragionevole dubbio che ci impone di derubricare l'imputazione. Ma ecco che soccorre il dolo eventuale e ci permette di aggirare il ragionevole dubbio e di affermare l'omicidio.

Va aggiunto: *un dolo eventuale che X probabilmente non ha avuto perché non ha avuto materialmente il tempo di pensare.*

Un altro esempio, tratto dai reati societari e fallimentari: si sospetta un accordo tra amministratore di diritto e amministratore di fatto (dunque, dolo intenzionale), ma non si riesce a provarlo. Con la tecnica argomentativa del dolo eventuale riusciamo a superare il ragionevole dubbio sul dolo intenzionale. Certo, non diremo di aver provato il dolo intenzionale, cioè l'accordo. Abbiamo provato qualcosa di diverso, ma equivalente. Dal punto di vista del-

la realtà sostanziale, è un artificio: invero, o l'amministratore di diritto è in buona fede o è in malissima fede (cioè d'accordo con le malefatte dell'amministratore di fatto). La cosa veramente improbabile è proprio il dolo come accettazione del rischio e dell'evento.

Ultimo esempio: i reati omissivi propri. Pensiamo a tutti i reati che consistono in false informazioni rese da privati ad una autorità pubblica. X omette di dare una informazione. Per la condanna ci vuole il dolo e X si difende dicendo che le circolari ministeriali creavano dubbi interpretativi e che riteneva che l'informazione omessa fosse irrilevante. Può darsi che sia vero. Ma con la tecnica del dolo eventuale confutiamo la linea di difesa.

Questo è importante: il dolo eventuale è una tecnica micidiale per neutralizzare il dubbio, perché lavora con categorie – come prevedibilità e rischio – che sono flessibili e che assorbono facilmente il dubbio.

Così si verifica una singolarità: mentre nel diritto sostanziale il paradigma principale è il dolo intenzionale, nel diritto processuale lo è il dolo eventuale. In altri termini, nel processo avviene un vero e proprio *travisamento del fatto* sostanziale.

Come avviene nel processo il passaggio dal dolo eventuale come prova logica al dolo come elemento strutturale del reato?

Semplice: se per provare *d* (dolo del reato) è sufficiente che provi *p* (accettazione del rischio), allora ogni volta che ho provato *p*, posso concludere che ho provato *d*. Così la prova si sostituisce al suo oggetto: sul piano della fattispecie rimane *d* come elemento del reato, sul piano processuale *d* è sostituito da *p*. Il processo penale ha cambiato il diritto penale.

Ma, da Aristotele a Popper, la priorità di qualsiasi epistemologia (anche quella del processo) è "*salvare i fenomeni*".

23. *Dolo alternativo e dolo eventuale. Concetti diversi, identiche prove*

Nessuno dubita che siano – dal punto di vista sostanziale – nozioni diverse. Il dolo alternativo è un dolo intenzionale ad oggetto alternativo: io voglio indifferentemente uno dei due eventi probabili e non congiuntamente avverabili. Nel dolo eventuale manca l'intenzionalità e manca l'alternatività degli eventi.

Sembrerebbero concetti distantissimi tra loro e lo dimostrerebbe l'opinione corrente in giurisprudenza secondo cui l'uno è compatibile col tentativo e l'altro no.

Di qui una singolarità: la cifra dei delitti tentati non è diminuita dopo che

la giurisprudenza ha affermato l'incompatibilità del tentativo col dolo eventuale. Cosa è successo? È successo che quelli che prima venivano definiti doli eventuali ora vengono etichettati come doli alternativi.

Ma come è possibile? Se i due doli sono sostanzialmente diversi, ci si aspetterebbe allora che nel processo siano diversi anche i percorsi probatori.

Invece, il protocollo logico della prova è lo stesso. *X* colpisce *Y* che rimane ferito. *X* si difende: “*ho colpito alla cieca senza mirare*”. Se *Y* fosse morto, la giurisprudenza direbbe: “*X ha colpito accettando il rischio di uccidere Y*”. Ma *Y* non è morto e allora la giurisprudenza dice: “*X ha colpito volendo indifferentemente ledere o uccidere Y*”.

Le informazioni probatorie sono assolutamente identiche. Ma sulle stesse informazioni si posso costruire argomenti diversi.

Per il dolo eventuale: prevedibilità previsione, accettazione del rischio dell'evento. Per il dolo alternativo: dalla idoneità degli atti a provocare entrambi gli eventi ricavo la univocità degli atti verso eventi alternativi. *X* quando ha agito nella furia degli eventi non ha pensato. Ha pensato il giudice al posto suo, da uomo normale e razionale.

Ma si può davvero dire che è indifferente per un uomo normale-razionale provocare semplici lesioni o addirittura la morte?

Ancora una volta il processo manipola concetti manipolabili.

E la manipolazione avviene attraverso stereotipi sociali che si insinuano nella precomprensione del giudice. Ormai in giurisprudenza si è creata si una *guideline* tacita con rare eccezioni: se usi la pistola è tentato omicidio, se usi il coltello sono lesioni volontarie.

La prova del dolo si semplifica. È l'arma che prova il dolo.

24. Pistola e auto. Il dolo eventuale nel territorio della colpa

Omicidio e pistola: ecco l'ambiente del dolo eventuale. Che nasce senza scalpori, quasi fosse una ovvietà. La pistola serve ad uccidere e chi usa una pistola sa di usare un'arma mortale.

L'auto non è una pistola. Può uccidere, ma non serve ad uccidere. Se usi una pistola sei nel campo del dolo. Se usi un'auto sei nel campo della colpa. L'uomo con la pistola in mano è un *tipo* doloso. L'uomo al volante è un *tipo* colposo.

Io attraverso con il rosso ad altissima velocità un incrocio che so trafficatissimo. È solo colpa? Qui so che ho altissime probabilità di provocare un inci-

dente catastrofico e non faccio nulla per abbassare il livello di rischio. Cosa differenzia questo caso dal caso in cui da un palazzo sparo un colpo di pistola verso una piazza non molto affollata e uccido un passante? Le probabilità sono molto più elevate nel primo caso che nel secondo. L'atteggiamento mentale è lo stesso: "o la va o la spacca". Lascio che sia la sorte a decidere. Come alla roulette russa.

L'unica differenza è che nel primo caso ho usato un'auto e nel secondo una pistola.

Sono stereotipi sociali. Che hanno un peso cruciale quando si tratta di dare contenuto a nozioni indefinite. E il dolo eventuale è una nozione indefinita. La giurisprudenza attiva i sensori percettivi della realtà sociale. Recepisce il sentire comune. La categoria giuridica del dolo viene riempita dalla categoria sociale del dolo.

In questo modo essa individua territori propri del dolo e territori proprie della colpa.

Il settore degli infortuni sul lavoro è tradizionalmente un territorio della colpa e tutto ciò che lì avviene è quasi automaticamente rapportato alla dimensione della colpa. Lo stesso dicasi per gli incidenti stradali e per il campo medico.

Può apparire paradossale il territorio dell'azione imprenditoriale. Siamo alle due Coree: c'è una marcata propensione ad inquadrare l'attività societaria (bilanci, comunicazioni ad autorità indipendenti ecc.) nel territorio del dolo, mentre l'attività aziendale (infortuni, danni da prodotto ecc.) nel territorio della colpa³.

In entrambe le attività siamo in un contesto lecito di base. La propensione verso il dolo o la colpa è data dagli stereotipi sociali: per noi è più facile immaginare un *amministratore doloso* che un *datore di lavoro doloso*.

Quando l'imprenditore fallisce, ecco che il pendolo si sposta: si propende ad inquadrare ogni comportamento nell'ambito del dolo piuttosto che della colpa. Perché è più diffuso lo stereotipo dell'*imprenditore doloso* che quello dell'*imprenditore sfortunato imprudente*.

Finché dura la pre-comprensione dell'incidente stradale come tipico criminologico di delitto colposo, anche chi va a folle velocità contromano in una tangenziale super trafficata sarà in colpa e non in dolo. E così sarà omicidio colposo e non doloso il fatto dell'imprenditore che fa lavorare i dipendenti in

³ Pagine importanti scritte al riguardo da PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, 2004.

ambienti sovraccarichi di amianto o di altre sostanze tossiche.

Il *tipo* criminologico determina il *tipo* doloso o colposo.

Ma questo cosa significa? Significa che finché non cambia la percezione sociale dei fenomeni, non cambia la qualificazione normativa degli stessi fatta dalla giurisprudenza.

E perché cambi la percezione sociale ci vogliono molti morti.

Se si verificano molti attraversamenti col rosso con tanti morti, la percezione sociale cambierà dalla colpa al dolo. E la giurisprudenza le terrà dietro. Se il contagio del virus hiv compiuto da partners consapevoli provocasse una sorta di epidemia sociale di morti, aumenterebbe molto la propensione verso il dolo.

C'è cinismo, ma non arbitrio in questo fatto. Un fenomeno sociale diffuso diventa notorio, accresce la consapevolezza della pericolosità della condotta e della probabilità dell'evento. All'agente tocca decidere: a favore o contro l'evento.

25. *Tipicità e stereotipi sociali.*

Come nel processo ciò che prima era colpa diventa dolo

La norma penale rimane la stessa. E in fondo anche i comportamenti rimangono gli stessi. Ma cambiando gli stereotipi sociali cambia la qualificazione normativa del fatto.

Come è possibile? Del resto che colpa e dolo non siano concetti incommensurabili è dimostrato dal loro intreccio ("non c'è dolo senza colpa") e dall'esistenza di una vasta zona di confine comune (pensiamo alla *recklessness*).

C'è una precomprensione del giudice derivante da stereotipi sociali. Per chiarire meglio il concetto di pre-comprensione potremmo applicare il concetto bayesiano di probabilità antecedente. Quando un fatto avviene nel campo del traffico stradale, l'ipotesi della colpa ha una probabilità logica antecedente – cioè iniziale, prima di qualsiasi prova – elevatissima. L'ipotesi del dolo ha invece una probabilità iniziale minima: congetturalmente possibile, ma in concreto inverosimile.

Per trascorrere dalla colpa al dolo e rovesciare il rapporto tra le rispettive probabilità iniziali, ci vogliono allora prove fortissime a favore del dolo.

Questa precomprensione si traduce – processualmente – in una inversione delle operazioni cognitive del giudice.

Nei territori tradizionalmente presidiati dalla colpa esiste già uno schema

logico di inquadramento del fatto. La colpa è meno vaga del dolo, perché ci sono le regole di condotta dell'uomo prudente e razionale a delimitarla⁴. C'è già il *tipo* di imprudenza nella attività medica, nel traffico, negli ambienti di lavoro. Per giungere alla colpa cosciente si delinea il tipo dell'uomo imprudente; dalla condotta dell'uomo imprudente si passa alla mentalità dell'uomo imprudente: l'uomo imprudente è l'uomo sicuro di farcela nonostante l'alto rischio. Così si passa dalla probabilità oggettiva dell'evento (alta) alla probabilità soggettiva (bassissima: quella percepita dall'uomo imprudente).

Un giovane patentato beve un po' troppo e carica gli amici sulla sua potente auto. Va a folle velocità invade la corsia opposta e fa un massacro. Il giudice parte per la colpa e non si smuove dalla colpa. Come motiva? X ha tenuto il tipico comportamento della persona imprudente: inesperto, un po' sbruffone, esaltato dall'euforia dell'alcol e della auto aggressiva, vuole dimostrare agli amici la sua abilità, è sicuro di governare l'auto anche a velocità folle. Tutte queste cose sono indizi gravi univoci e concordanti della colpa. Se l'accusa la pensa diversamente, lo provi.

Il pm deve disarticolare questa ipotesi sul fatto e costruire l'ipotesi alternativa del dolo.

Nei territori non presidiati dalla colpa, si inverte la logica del procedimento probatorio. Il pm prima costruisce l'ipotesi dolosa del fatto e poi confuta l'ipotesi alternativa della colpa. Qui non si delinea il tipo di uomo doloso (sarebbe impossibile, il dolo è la figura tipica di reato), ma si parte dalla doloosità della condotta. Quell'azione è una azione che normalmente porta alla morte. È la tipica azione che compie chi agisce con dolo di morte. Il pm è avvantaggiato dal fatto che la colpa è una ipotesi congetturale che non risponde ad un preciso stereotipo sociale. Noi abbiamo lo stereotipo del medico imprudente, del guidatore imprudente, del direttore dei lavori imprudente. Ma non abbiamo lo stereotipo dell'amministratore imprudente o del sindaco negligente.

Il processo non lavora con presunzioni e inversioni probatorie. Invece lavora con assunzioni tacite (fatti incontrovertibili), stereotipi culturali e standards probatori.

La logica del giudizio è la logica del senso comune.

C'è colpa quando un uomo normale direbbe: *“quella condotta è tipica di un uomo imprudente”*.

C'è dolo eventuale quando una persona normale direbbe: *“solo un pazzo farebbe una cosa del genere”*.

⁴ Sulle regole cautelari preziose considerazioni si colgono nei lavori di Giunta.

In presenza di stereotipi diversi, lo stesso argomento porta a conclusioni opposte.

Per esempio, un argomento costante per escludere il dolo nel settore traffico stradale è il seguente: l'imputato non ha accettato l'evento, perché altrimenti avrebbe messo a repentaglio la propria vita. Ma anche il rapinatore che ingaggia un conflitto a fuoco con la polizia mette in gioco la propria vita.

Perché colpa nel primo caso e dolo nel secondo?

26. *I criteri probatori del dolo eventuale.*

La deliberata violazione della regola cautelare.

La gravità della violazione. L'elevata probabilità dell'evento

Sotto il profilo processuale la teoria dell'accettazione del rischio è una splendida incompiuta. Invero, quando si può dire che il pm ha provato oltre ogni ragionevole dubbio che l'imputato ha accettato il rischio?

Se consideriamo l'accettazione del rischio come fatto psichico individuale finiremmo col dare spazio nel processo a soglie soggettive di rischio accettabile. Sarebbe imbarazzante una difesa che dicesse: "*Il rischio era altissimo, ma il mio assistito non lo ha accettato!*"

Si tratta piuttosto di creare criteri probatori oggettivi, epistemologicamente condivisi, ma sufficientemente flessibili per aderire al caso concreto. Criteri probatori gravi, singolarmente non sufficienti, ma congiuntamente univoci.

Un protocollo logico di argomento probatorio potrebbe essere il seguente (dunque, il discorso da descrittivo diventa prescrittivo).

La prima cosa che il pm deve provare è la violazione della regola cautelare. Ma non basta: la violazione deve essere deliberata. Se la regola cautelare è violata per imperizia negligenza o imprudenza siamo nella colpa e non nel dolo.

In secondo luogo il pm deve provare la gravità della violazione. Una cosa è affrontare l'incrocio con il rosso ma a bassa velocità e con circospezione, altra cosa è attraversarlo con rosso a velocità sparata. Ai fini del virus HIV una cosa è avere un solo rapporto non protetto, altra cosa avere anni di rapporti non protetti. Qui la distinzione tra rischio schermato e non schermato può avere un peso probatorio⁵.

E veniamo al terzo *step*: il fondamentale criterio probatorio va individuato nell'elevata probabilità dell'evento.

⁵ Per un approfondimento della tematica si rinvia agli studi di Canestrari.

27. Informazioni rilevanti e prevedibilità

Se ti mancano le informazioni rilevanti, non puoi prevedere. Dolo e colpa non si distinguono sotto il profilo della prevedibilità. Una volta dimostrato il possesso di tali informazioni, si applica il criterio di inferenza dell'uomo normale e razionale e si prova la prevedibilità.

Dunque, la prima linea di difesa per escludere il dolo eventuale è la seguente: una cosa è che le informazioni rilevanti (da cui dedurre la prevedibilità dell'evento) fossero disponibili, altra cosa è che fossero effettivamente conosciute dall'imputato. Conoscenza e conoscibilità non sono sovrapponibili. Per la colpa basta quest'ultima, per il dolo serve la prima.

Se tu non hai acquisito informazioni conoscibili sei in colpa, non in dolo.

A questa obiezione nel processo solitamente si replica in due modi.

Il primo: occorre vedere il rapporto di immediatezza o meno dell'imputato con l'informazione: un rapporto di immediatezza rende oltremodo plausibile la percezione dell'informazione.

Esempio, un inseguimento in macchina tra polizia e rapinatori. L'informazione che il fondo stradale è sconnesso e che questo può influire sulla precisione della mira è immediatamente percepibile e, pertanto, è ragionevole pensare che tale informazione oltre che disponibile, sia stata effettivamente introiettata dai soggetti agenti.

Invece, l'informazione sul numero di occupanti dell'auto dei rapinatori, pur essendo acquisibile (attraverso contatti radio con la pg presente sul luogo della rapina che raccoglie informazioni dai testi presenti), non è immediatamente disponibile: può darsi che prima di sparare, il poliziotto non avesse tale informazione. E si tratta di informazione rilevante, che incide sulla prevedibilità-previsione dell'evento: altro è sparare contro un'auto con due persone a bordo, altro è sparare quando le persone a bordo sono quattro o cinque.

Altro esempio. Un automobilista passa col rosso ad un incrocio: incidente e morti. Egli potrà difendersi dicendo: non ci passo mai di lì, pensavo che ci fosse poco traffico, ero sicuro di farcela. Siamo nella colpa, non nel dolo.

Mettiamo però che proprio in quell'incrocio si siano verificati nel tempo incidenti mortali per passaggi con il rosso e che il nostro automobilista conoscesse questo dato e sapesse che per quell'incrocio passano anche alle 10 di sera decine di auto al minuto. Se attraversa a cento all'ora col rosso egli dunque sa che un impatto mortale è pressoché inevitabile. Molto più probabile di un colpo alla roulette russa. Possiamo dire che siamo ancora nella colpa? Una linea difensiva "*non immaginavo che ci fossero tante macchine*" non è più sostenibile.

Eppure si opta per la colpa e non per il dolo. Nonostante la deliberata violazione della regola cautelare, la gravità della violazione, l'altissima probabilità (conosciuta) dell'evento.

Lo stereotipo sociale è più forte di qualsiasi argomento.

Finché non cambia la percezione sociale del fenomeno (generando allarme sociale, bisogni di prevenzione e di pena) quel *fatto* rientra nel *tipo colposo*. Il resto è retorica.

28. *La wilfull blindness: il voler non conoscere ciò che è conoscibile*

Una efficacissima strategia di accusa è la seguente: deliberatamente non hai voluto acquisire informazioni rilevanti. È una imprevedibilità deliberata.

Un esempio: io ricevo un borsone da un amico che so trafficare in armi con l'incarico di custodirlo. Io non chiedo cosa ci sia nel borsone né provo ad aprirlo. Mi piomba addosso la pg e vengo incriminato. Mi difendo dicendo che non sapevo cosa c'era nel borsone: quindi è la tesi della leggerezza, della colpa, non del dolo.

L'accusa mi replica (e fondatamente): sei in dolo. Perché? Il ragionamento è semplice: potevi sapere, temevi di sapere, hai scelto di non sapere, ti sei posto volontariamente nella posizione di ignoranza o di dubbio e hai agito volontariamente in tale situazione. Quindi hai deliberatamente accettato il rischio che dentro ci fossero le armi.

Che ci fossero nel borsone armi, qualsiasi persona ragionevole lo avrebbe pensato, considerando che chi le dava era uno invischiato in tali traffici. Certo se nel borsone ci trovano un'arma chimica di distruzione di massa, non ne risponderò perché il salto logico è troppo forte dal trafficante di armi al possesso di arma chimica.

L'argomento della *wilfull blindness* permette di superare processualmente gli stati di dubbio e di ignoranza e di affermare il dolo (un po' come il principio dell'*actio libera in causa*).

Essa opera nel caso in cui l'imputato decide in situazioni di incertezza risolvibile. È lui che si è cacciato in questa situazione cognitiva di incertezza. È lui che ne poteva uscire, se solo avesse voluto. Invece ha deliberatamente deciso di non sapere e di agire non sapendo, perché temeva di sapere.

28.1. *Prevedere che cosa? La specificità dell'evento*

Non basta prevedere che *qualcosa di brutto* avverrà. Né basta prevedere

un *tipo* di evento. Il dolo richiede la rappresentazione dell'evento *hic et nunc*.

Obiezione seria, ma processualmente sfortunata. Nel processo si discute di un evento già avvenuto. Non è difficile passare dalla constatazione *ex post* dell'evento alla sua prevedibilità (e dunque, previsione) *ex antea*. Basta applicare il solito criterio di inferenza della normalità: quell'evento normalmente può accadere, date certe condizioni iniziali. Se tu possiedi sufficienti informazioni su tali condizioni, hai tutto ciò che ti occorre per prevedere l'evento. Tutto ciò che *normalmente* avviene è *normalmente* prevedibile.

Quanto alla specificità dell'evento, la tecnica argomentativa è quella solita, ben sperimentata in giurisprudenza: distinguere il nucleo essenziale dalle circostanze di contorno. Cioè si passa dalla *imputazione* – cioè la descrizione dell'accusa – alla *fattispecie astratta*.

Il *fatto di reato* è diverso nel diritto sostanziale e nel processo: stilizzato nelle linee essenziali nel primo, narrato in termini grondanti di storicità concreta nel secondo.

C'è una logica in tutto questo: ci sono informazioni rilevanti che mi permettono di prevedere il tipo di evento e ci sono informazioni aggiuntive (spesso successive alla condotta) che mi consentono una previsione più specifica.

Se io do le armi al gruppo di fuoco, sono in dolo anche se non so chi andranno ad ammazzare, dove e quando e perché. Per essere in dolo non devo sapere tutto. Mi basta sapere l'essenziale.

Altrimenti l'ignoranza sul fatto diventerebbe nel processo una *defense* generalizzata e inespugnabile.

29. *La probabilità dell'evento.*

Il dolo diretto. Ovvero: il non potevi non volere

Il dolo diretto è una figura veramente residuale nel processo, serve più a completare la teoria del dolo che a risolvere i processi.

Non puoi non volere un evento che tu sai deriverà necessariamente dalla tua azione. Qui non c'è nessun rischio, c'è la certezza o quasi. Il processo non consente schizofrenie. Se vuoi l'azione, vuoi anche l'inevitabile evento.

Piuttosto va rilevato che nel c.d. dolo diretto c'è una equivalenza funzionale: la certezza dell'evento equivale alla sua volizione. Si verifica una sostituzione processuale di un elemento della fattispecie sostanziale: si sostituisce alla volontà dell'evento, la sua certa previsione: "*non potevi non volere*" ..

È scorretto parlare di presunzione *iuris et de iure*. Qui l'accusa deve prova-

re un fatto: la certezza dell'evento e la sua consapevolezza da parte dell'imputato. Provato questo fatto, scatta la regola di esperienza: una regola rigorosa che non ammette eccezioni. Non c'è nessuna presunzione legale, c'è una regola logica senza eccezioni. Una regola che confina nell'irrelevante ogni strategia difensiva volta a dimostrare che l'imputato non desiderava l'evento, anzi lo aveva mentalmente rimosso.

Quindi nel dolo diretto lo stato cognitivo sostituisce lo stato volitivo. È il trionfo della teoria della rappresentazione.

Va aggiunto: il dolo eventuale disvela la sostanziale affinità col dolo diretto. C'è un *continuum* tra la quasi certezza del dolo diretto e l'alta probabilità del dolo eventuale. E questo *continuum* si proietta come diversità sul piano sostanziale, ma come affinità su quello processuale.

29.1. *Probabilità statistica o probabilità logica?*

Il confine indefinibile tra dolo diretto e dolo eventuale

Tra dolo diretto e dolo eventuale non c'è discontinuità nella scala delle probabilità.

Io mi rappresento la cosa come quasi certa (diciamo al 99 %) ma ho una piccolissima speranza che non accada. Ho accettato il rischio ma non l'evento: di cosa rispondo? di dolo diretto.

Se le percentuali si abbassano rispondo di dolo leggermente diretto, poi curvo, poi obliquo fino al dolo eventuale? Prima del dolo eventuale non scattava il criterio dell'accettazione,

dopo scatta. Ma a quale grado di probabilità? Il ragionevole dubbio, la *clear and convincing evidence*, la *preponderance of evidence* o cosa altro?

Se il dolo diretto si distingue dal dolo eventuale per il grado di probabilità (quasi certezza nel primo grado, cioè probabilità elevatissima; alta o media probabilità nel secondo caso), perché far derivare una differenza radicale (come per esempio, tra stato liquido e stato gassoso) quando è solo una differenza di probabilità, oltretutto non definibile?

Questo *continuum* tra certezza e alta probabilità si sperimenta quotidianamente nel processo.

Se io voglio sequestrare un uomo politico e prevedo un inevitabile conflitto a fuoco con la scorta, sono nel dolo diretto o nel dolo eventuale?

Una banda vuole rapinare un furgone portavalori. Secondo i piani, con un autocarro urta quasi frontalmente il furgone buttandolo fuori strada e provocando la morte del conducente del furgone. Siamo nel dolo diretto o nel dolo eventuale?

La probabilità è una scala che va da 1 (la certezza) a 0 (l'impossibilità). A quale livello collochiamo il dolo diretto e – sotto di esso – il dolo eventuale?

Il problema è che gli eventi della vita, nella maggioranza dei casi, non sono suscettibili di essere calcolati nella loro frequenza statistica. A seconda delle caratteristiche del singolo caso, l'uccisione della scorta può essere quasi certa o mediamente probabile.

Allora la probabilità nel dolo diretto e nel dolo eventuale non è una probabilità statistica, ma logica. Cioè: il giudice riterrà il dolo diretto se, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, l'evento si prospetterà come praticamente certo. "*Praticamente certo*" vuol dire che quell'evento è il risultato che qualsiasi persona razionale si aspetterebbe da quella condotta.

Se passiamo dalla probabilità statistica alla probabilità logica, sfuma il confine probatorio tra dolo diretto e dolo eventuale.

Quando ci sono alternative equiprobabili o comunque plausibili, non c'è né dolo eventuale né tantomeno dolo diretto. Quando invece quell'evento specifico è l'unica cosa che c'era concretamente da aspettarsi, siamo nel dolo: ed è questione soggettiva (per non dire, di gusti) definirlo dolo diretto o dolo eventuale.

Quel che conta è l'alta probabilità logica dell'evento⁶, tale da escludere ragionevolmente ipotesi alternative ragionevolmente possibili.

Se ti prospetti l'evento come l'unica realistica conseguenza della tua azione, scatta il criterio di inferenza, che lega la rappresentazione alla volizione: "*non poteva non accadere, dunque non potevi non volere*".

30. *Contesto lecito e contesto illecito di base: presupposto del reato o elemento di prova?*

Spesso mettiamo nella struttura del dolo qualcosa che è soltanto prova di esso.

In pratica, ci sarebbe dolo eventuale quando l'agente si muove in un contesto illecito di base, colpa cosciente quando invece il contesto di base è lecito.

Se consideriamo queste categorie come sostanzialistiche (cioè come parte della struttura del dolo e della colpa) gli esiti processuali possono essere imbarazzanti.

⁶ A rigore: dell'ipotesi che l'evento accada: La probabilità statistica riguarda gli eventi, la probabilità logica le ipotesi.

Prendiamo l'esempio dell'inseguimento: guardie e ladri. Se spara il poliziotto e uccide, è colpa cosciente perché si muove in un contesto lecito. Se spara il rapinatore e uccide, è dolo eventuale perché si muove in un contesto illecito!

Le cose diventano più razionali se a contesto lecito-illecito diamo una dimensione non sostanziale, ma probatoria.

Il giudice ragiona così: il poliziotto vuole rispettare la legge (sta lì per questo), non vuole aggredire beni giuridici, ma difenderli; se spara, allora lo fa perché è convinto di non uccidere, se malauguratamente l'evento si verifica, è errore non dolo.

Il rapinatore invece ha violato la legge ed è ancora propenso a farlo. Questa sua attitudine lo rende indifferente o addirittura ostile ai beni giuridici; per lui sono in gioco anni di carcere, lui vuole evitare ad ogni costo di essere preso. Allora se sommiamo il fortissimo interesse alla fuga e la grande propensione alla violazione di beni giuridici, è razionale concludere che il rapinatore è disposto ad uccidere pur di fuggire. Ecco il dolo.

Il rischio socialmente intollerabile fa scendere il livello di probabilità, al di sopra del quale scatta il dolo. Ripensiamo ai casi della roulette russa, del partecipe di mafia che mette il suo amico nelle mani della cosca o dei sequestratori che decidono di liberare l'ostaggio malato il giorno dopo. In questi casi l'ipotesi dell'evento-morte è verosimile, plausibile, ma non è quella di gran lunga più probabile. Eppure, la giurisprudenza vi ravvisa il dolo eventuale.

Come il dolo intenzionale è *dolus malus*, così anche il dolo eventuale presenta una dimensione etico-sociale.

Ma è arbitrario far variare il livello di probabilità dell'evento dal grado di tollerabilità sociale del rischio? Direi di no. Il dolo è una nozione indefinita. E quando si tratta di nozioni indefinite, il contenuto della tipicità si determina attraverso una operazione di bilanciamento dei beni in conflitto.

31. *Il dolo nei reati economici.*

Il dolo di posizione e i c.d. segnali di allarme

A pensarci bene nei reati economici quello che dovrebbe avere meno spazio è proprio il dolo eventuale. O è dolo intenzionale o diretto, o non è nulla.

Per l'accusa l'ideale sarebbe puntare al dolo intenzionale. Ma per provarlo occorrerebbero informazioni cruciali (l'accordo di sindaci e amministratori non operativi con amministratore delegato e dirigenti) che solitamente man-

cano. Perciò si ripiega sul dolo eventuale. Processualmente il dolo eventuale è l'asso nella manica dell'accusa, che si tira fuori quando le carte sul banco non provano l'intenzionalità. Il dolo eventuale in questi casi fa il lavoro sporco: serve a dare una copertura processuale ai meri sospetti (frequentazioni amichevoli tra amministratori e sindaci, voci correnti all'interno della società, asimmetrie informative all'interno del gruppo ecc.).

Ma anche la difesa ha la sua carta da giocare: la controipotesi della colpa, che è il vero punto debole del dolo eventuale.

L'accusa allora deve compiere due operazioni logiche in successione: a) dimostrare la plausibilità logica dell'ipotesi del dolo; b) escludere il dubbio ragionevole sulla ipotesi alternativa della colpa. Dunque: l'ipotesi del dolo deve essere coerente in sè e congruente con le informazioni fattuali disponibili, inoltre l'ipotesi della colpa deve essere irragionevole e incongruente con l'evidenza disponibile.

I rischi per l'accusa sono almeno tre:

a) dedurre il dolo dalle qualifiche giuridiche dell'imputato (sindaco di società, amministratore di diritto). Si tratterebbe non di una motivazione illogica, ma una motivazione apparente basata su un automatismo logico. Il dolo dipende dal fatto. Non puoi accertare il dolo senza il fatto. C'è amministratore e amministratore, c'è sindaco e sindaco. Dalle qualifiche giuridiche tu costruisci dei modelli di comportamento sociale (cosa fa normalmente un amministratore? cosa fa normalmente il sindaco di una società?) ai quali parametrare la condotta dell'imputato.

b) fare di ogni erba un fascio, cioè mettere assieme tutti i sindaci e tutti gli amministratori della società senza distinzioni: è il rischio del dolo collettivo. Le informazioni che ha un sindaco possono essere diverse rispetto agli altri, diverse possono essere le percezioni e valutazioni.

c) sfocare l'evento, cioè togliergli ogni nota specifica. Come dire: qualcosa di illecito accadrà, *cosa come quando* è irrilevante. Qui non abbiamo né dolo indeterminato, né dolo generale né dolo alternativo. Qui abbiamo un *dolo in bianco*.

L'accusa deve schivare questi tre rischi. Un protocollo logico di argomentazione può essere articolato così.

Partiamo dallo schema tipico del dolo eventuale: a) dalla prevedibilità alla previsione; b) dalla previsione alla volizione. Il passaggio cruciale è il primo. Anche la dottrina più critica non nega che, una volta previsto come probabile l'evento (cioè il reato), è agevole inferire da tale previsione la volizione della condotta omissiva.

Il punto di partenza sono i c.d. *segnali d'allarme*: termine fortunato ma drammaticamente equivoco, perché rimanda all'ambiente della colpa (gli allarmi servono ad evitare condotte colpose).

Qualsiasi anomalia nella gestione societaria è un segnale d'allarme. Occorre restringerne la portata. Sono processualmente rilevanti solo quei segnali di allarme che sono *segnali premonitori dell'evento*. Non un qualsiasi allarme, ma l'allarme rosso.

Se a me sindaco vengono passate informazioni generiche o incomplete posso sospettare di tutto. Se me ne sto zitto e fermo, posso farlo o perché voglio favorire gli amministratori operativi o perché non mi interessa nulla dell'andamento societario. Le ipotesi del dolo e della colpa sono equiprobabili. L'arma del dolo eventuale – brandita dall'accusa – è spuntata.

Ma se io sindaco vedo che un credito verso una società in procedura concorsuale non viene svalutato e non si dà alcuna spiegazione, se noto che a fine anno viene fatto – senza alcuna logica economica – uno swap mostruoso per cui una società del gruppo che aveva un grosso utile lo perde e un'altra controllata che aveva una grossa perdita miracolosamente la appiana, i segnali di falso in bilancio sono gravi e univoci altroché!

Qui non c'è nessuna accettazione del rischio. Qui è proprio l'evento che si sta materializzando sotto i miei occhi.

Dunque, il primo passaggio argomentativo è dato dai segnali di allarme univoco.

L'imprudenza dell'imputato – secondo la difesa – potrebbe assumere due modalità: a) come imperizia, perché non ha saputo valutare i segnali di allarme rosso; b) come imprudenza (c'erano segnali di allarme che andavano approfonditi, l'imputato è stato negligente e imprudente perché non ha chiesto informazioni).

La prima linea di difesa normalmente non porta lontano. Ci fosse un elettrauto o un panettiere al posto dell'imputato, magari quei segnali gravi e univoci non li capirebbe. Ma l'imputato è un commercialista! Il ragionevole dubbio sarebbe "*poteva non capire*". Contrapposto al "*non poteva non capire*" dell'accusa è un'alternativa improponibile per un professionista.

Ma c'è una seconda linea di difesa, più raffinata: l'imputato è in colpa perché non ha chiesto informazioni aggiuntive; e, essendo in colpa, non ha potuto avere alcuna rappresentazione dell'evento. Conclusione: non poteva volerlo. In questo caso l'imputato ha deciso di tenere una condotta pericolosa, ma non ha accettato l'evento *hic et nunc* perché non poteva rappresentarselo.

A questo punto per abbandonare il terreno della colpa e virare verso il do-

lo il giudice deve valorizzare due elementi: a) la durata del comportamento dell'imputato: la colpa tipica normalmente è circoscritta in un momento, in un episodio (pensiamo alla colpa medica, alla colpa nel traffico stradale); qui invece il comportamento colposo diventa una costante, un modo di interpretare il proprio ruolo (l'amministratore testa di legno che si disinteressa, il sindaco che non controlla nulla), la colpa non è più un momento della condotta: è una regola di condotta.

Ed ecco il passaggio cruciale: b) ciò che rende veramente inattendibile l'ipotesi della colpa è che qui la colpa sarebbe interessata: è evidente interesse dell'imputato essere in colpa ed assumere un atteggiamento imprudente.

Se tu vieni pagato per fare la testa di legno e sei una persona di normale intelligenza, devi capire che sotto c'è qualcosa che non va. Ti fanno firmare documenti e ti dicono di non impicciarti negli affari dell'azienda. Più che il sospetto, ti viene il ragionevolissimo dubbio di avere una funzione di copertura e, nella peggiore delle ipotesi, di parafulmine. Però tu sai che se vuoi vederci chiaro negli affari aziendali, l'amministratore di fatto ti butta fuori e tu perdi funzione e soldi. Se a te sindaco balza in testa la sgradevole idea di controllare le carte, la società ti liquida immediatamente e tu ci rimetti parecchio.

Ed ecco la replica, che chiude il ragionamento del giudice: e) tu avevi una scelta: o cercare di capire cosa sta succedendo, acquisendo ulteriori informazioni; o lavarti le mani e continuare a fare lo struzzo, sperando nella buona sorte. Se acquisisci informazioni che aggravano i tuoi dubbi, sprofondi sempre più nel dolo. Se decidi di chiudere gli occhi, allora è evidente che non vuoi sapere perché hai paura di sapere. Tu vuoi non sapere: sei in piena *will-full blindness*.

Chiudere gli occhi per non vedere ciò che si sa e si teme di vedere è come vedere. Non è incuria, sventatezza, imprudenza: è l'alibi di chi sa e non vuole avere certezze. È l'alibi di chi sa e vuole rimuovere dalla spropria sfera cognitiva tale sapere. Dal punto di vista sociocriminale il disvalore è lo stesso tra chi agisce sapendo e tra chi agisce, rifiutandosi deliberatamente di sapere perché teme di guardare in faccia la realtà. Se dal dolo togliamo timori, speranze, e guardiamo all'atteggiamento cognitivo del soggetto verso l'evento e verso il bene giuridico, vediamo che le due situazioni sono identiche: indifferenza verso il bene giuridico, scelta contro il bene giuridico.

A questo punto non puoi neppure dire che non c'è dolo, perché il dolo deve investire l'evento *hic et nunc* con tutte le sue caratteristiche concrete, mentre tu non sai nulla dell'evento concreto. Non siamo nel dolo indeterminato: qui il dolo è determinabilissimo, solo che tu aprissi gli occhi.

Non è forse la stessa cosa sparare prendendo la mira e sparare chiudendo gli occhi ma sapendo che la pistola è puntata contro un gruppo di persone?

Diversamente dalla colpa classica, qui la colpa è voluta, è intenzionale. L'imputato sceglie una condotta colposa perché gli conviene.

Dolosamente sceglie di essere in colpa. C'è un movente per la colpa.

E così il cerchio si chiude intorno all'imputato.

32. *Il dolo eventuale in un processo di parti*

In conclusione, il dolo eventuale entra nel processo in due modi: o come fatto psichico reale (dolo come *substantia*) o come tecnica argomentativa (dolo come *argumentum*).

Le due nozioni non sono coestensive. La seconda è molto più ampia della prima perché serve a provare un *dolo qualsiasi* quando mancano prove sufficienti. È un caso non infrequente: una categoria penalistica che viene dilatata nel processo in funzione probatoria (pensiamo, per esempio, alla istigazione: è ormai un *file* processuale in cui si mettono tutte quelle condotte per le quali non si riesce a provare il contributo causale al fatto).

Questa estensione processuale del dolo eventuale urta contro la evidenza dei fatti. Così il processo non diventa accertamento della verità.

Per esempio, in moltissimi casi qualificati come dolo eventuale tutta l'azione si svolge in pochi attimi (reazioni impulsive o a corto circuito: pensiamo a fughe e conflitti a fuoco).

Il dolo eventuale – come fatto psichico reale – richiede un ragionamento complesso *psico-logico* (percezione delle informazioni, elaborazione delle stesse, calcolo della probabilità dell'evento, deliberazione dei pro e i contro, decisione di correre il rischio e di accettare l'evento) che è inimmaginabile possa avvenire in una frazione di tempo. Mancano i tempi tecnici.

Il giudice invece scompone le singole operazioni logiche, eliminando la dimensione del tempo. Ragiona come avrebbe dovuto o potuto ragionare l'agente, se avesse avuto tempo.

Nei reati economici avviene il contrario. Una decisione matura nel tempo, è frutto di informazioni aggiuntive che si susseguono, di opinioni provvisorie, di decisioni parziali prese da altri. È un *work in progress* di informazioni, pensieri, volontà di più persone. Se un difensore chiedesse al pm: “*mi provi quando è avvenuto quell'evento psichico definito dolo eventuale*” l'accusa non saprebbe cosa dire.

Molto spesso il dolo eventuale è un ragionamento *ex post* che viene trapiantato nel fatto. Non si tratta di qualificare giuridicamente un fatto (non siamo nella *quaestio iuris*) e non si tratta neppure di provare un fatto (psichico) realmente accaduto. Qui siamo nell'ascrizione di un fatto per effetto di un ragionamento svolto nel processo. Mentre la colpa è un concetto normativo, il dolo eventuale è un concetto logico.

Il destino del dolo eventuale era già scritto nel nome.

Eventuale – si legge nei dizionari – significa “*che può accadere*” ed è sinonimo di “*possibile*”. Dolo eventuale significherebbe un dolo possibile, una eventualità di dolo. E di fatti, in molte applicazioni giurisprudenziali, si deduce dalla possibilità di dolo l'esistenza del dolo. È nota la fallacia logica di inferire il dovere essere dall'essere. Qui abbiamo un'altra fallacia logica: inferire l'essere dal poter essere.

Il dolo eventuale è dolo necessario. Eventuale può essere l'evento, non il dolo.

Allora il dolo eventuale nel processo pone un primo problema: occorre costruire una nozione di dolo che sia *fedele ai fatti*, cioè un dolo reale vissuto dall'agente.

Ma il dolo eventuale pone nel processo un secondo problema. Ora come ora, il dolo eventuale è l'arma letale dell'accusa. In molti processi la teoria dell'accettazione del rischio e dell'evento è una copertura retorica, che nasconde un'affermazione indimostrata.

Allora è urgente costruire una nozione di dolo eventuale che sia congruente con un processo di parti: cioè sottrarre questa nozione a presunzioni o cortocircuiti probatori. Il dolo eventuale deve essere provato e argomentato.

Per funzionare come argomento, il dolo eventuale richiede *una quantità notevole di informazioni fattuali*. Cioè l'esatto contrario di ciò che ora avviene.

Il dolo eventuale non è petizione di principio, ma argomentazione complessa.

Sul dolo eventuale accusa e difesa si devono confrontare in una partita ad armi pari. Il cui esito non è scontato.

33. *In conclusione, il dolo.*

Come il diritto penale passa attraverso il processo penale

La vicenda del dolo ci amminisce che diritto sostanziale e processo devono essere l'uno in funzione dell'altro. Il diritto senza processo è accademia. Senza

diritto sostanziale, il processo – fosse anche il più garantista del mondo – sarebbe dispotico. Non c'è un diritto penale che va bene per ogni processo e un processo che va bene per ogni diritto penale.

Questa affermazione a volte viene vissuta con orrore. Ma è quasi una ovvietà. Per secoli il diritto penale nasceva dal processo (pensiamo alle *Practicae criminales* del diritto comune). Il *common law* vive di questo intreccio. L'illuminismo ha rotto l'incantesimo. Ma alla fine il prezzo è stata l'incomunicabilità tra diritto e processo.

Se apriamo un testo di *criminal law* troviamo il *defendent*, cioè colui che si difende nel processo: il diritto penale è visto nel processo. Apriamo i nostri manuali e ad ogni pagina troviamo "l'autore del reato". Come se il processo sia già concluso con una sentenza irrevocabile. Come se il diritto penale seguisse al processo penale. Così il diritto penale altro non è che l'autopsia del reato.

In realtà, la *provabilità del reato* è un aspetto della tutela dei beni giuridici e della funzione di prevenzione generale delle norme incriminatrici.

Il legislatore non deve solo selezionare le modalità di offesa del bene. Ma deve costruire la norma in termini provabili.

Certo, la norma penale può vivere e funzionare senza il processo, come – grazie a Dio – avviene nella normalità dei casi di ottemperanza spontanea. Ma la carica dissuasiva della norma è data dal processo. E se la fattispecie non è provabile, la norma diventa meramente simbolica.

Dunque, la tutela dei beni giuridici è data da un'azione integrata diritto-processo.

Se si rompe questa corrispondenza si genera ineffettività e arbitrio. Perché in questi casi l'ultima parola non c'è l'ha il diritto sostanziale. Ma il processo.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2011