

SECONDA SESSIONE – L’ONERE DELLA PROVA NEL PROCESSO PENALE

Onere della prova e presunzione di colpevolezza *di OLIVIERO MAZZA*

Nella dimensione giurisprudenziale del diritto penale sostanziale si verifica un fenomeno a dir poco singolare: il pubblico ministero risulta esonerato dall’onere della prova di alcuni elementi costitutivi della fattispecie di reato.

Proprio in forza di questa considerazione, ho suggerito di intitolare la mia relazione in modo apparentemente provocatorio, ma nei fatti molto più aderente alla realtà: l’onere della prova e la presunzione di colpevolezza.

Quando segmenti rilevanti della fattispecie sono sottratti alla dinamica probatoria, scomparendo dai temi di prova, la conseguenza non può che essere una presunzione di colpevolezza che rende superfluo il loro accertamento e, per conseguenza, alleggerisce non di poco i carichi probatori dell’organo dell’accusa.

Nel tempo si sono sviluppate categorie penalistiche che mi piace definire “improbabili”, attribuendo all’aggettivo il significato, forse improprio, di essere refrattarie alla dimostrazione probatoria. Ciò ha determinato una supplenza del processo rispetto al penale sostanziale, lasciando che elementi rilevanti del fatto tipico venissero dimostrati con presunzioni, nemmeno espressamente dichiarate.

Elementi che, a stretto rigore, in quanto costitutivi del reato, dovrebbero rappresentare altrettanti rigorosi temi di prova per

chi sostiene l'accusa. Temi di prova per di più obbligatori, essendo la loro posizione e la loro dimostrazione il portato necessario dell'obbligatorietà dell'azione penale.

A dispetto dei principi costituzionali, nella dinamica applicativa questi oggetti di prova sono coperti da presunzioni e non vengono quasi mai affrontati dal pubblico ministero.

La trasfigurazione processuale delle categorie sostanziali è un fenomeno forse poco indagato, negletto soprattutto da parte dei sostanzialisti che non si pongono normalmente il problema di come vengano concretamente dimostrati gli elementi costitutivi della fattispecie, mentre i processualisti sono molto più interessati alla perimetrazione dei temi di prova. Non stiamo parlando di aspetti, per così dire, circostanziali o comunque ai margini della fattispecie incriminatrice. Le presunzioni atipiche investono, infatti, elementi imprescindibili per l'integrazione del reato, come l'elemento soggettivo.

Il dolo, il dolo *in re ipsa*, il dolo eventuale, il discrimine fra dolo e colpa, sono tutti temi tanto centrali per la dogmatica penalistica quanto trascurati sul versante probatorio processuale.

Potremmo citare anche altri concetti penalistici che, però, oggi non abbiamo il tempo di analizzare, ad esempio, il medesimo disegno criminoso che sta alla base del dell'istituto della continuazione.

Non voglio sembrare troppo condizionato da un approccio prasseologico, ma chiunque abbia presentato un'istanza, magari in fase esecutiva, di riconoscimento della continuazione, studia attentamente la giurisprudenza di legittimità, alla ricerca di qualche principio, e poi finisce semplicemente per affidarsi alla libera discrezionalità del giudice. Quante volte è capitato di vedere accolte richieste di continuazione assolutamente insperate, mentre solide continuazioni, rispondenti ai criteri elaborati dalla Cassazione, vengono rigettate sulla base di parametri inediti e, spesso, nemmeno indicati in motivazione?

Il problema è che vi sono categorie sostanziali che non sono probabili, nel senso che rifuggono a ogni tentativo di prova all'in-

terno del processo, essendo fondate su circostanze indimostrabili, o meglio, non suscettibili di prova diretta, ma solo ricostruibili sulla base di inferenze indiziarie.

Pensiamo anche agli elementi tipizzanti di alcune fattispecie di parte speciale, come, per i reati associativi, l'*affectio societatis* oppure il momento costitutivo del sodalizio, i concetti di onore, di ordine pubblico, di pubblico scandalo.

Sono tutte nozioni del diritto penale sostanziale, tanto di parte generale quanto di parte speciale, che sfuggono alla prova diretta dimostrativa.

Il punto di osservazione privilegiato rimane, tuttavia, il dolo, perché forse su altri aspetti si potrebbe essere indulgenti, ma l'elemento soggettivo, insieme a quello materiale, è al cuore di qualunque fattispecie incriminatrice.

Il dolo, ma naturalmente anche la colpa, quindi l'elemento soggettivo in genere, è un tema di prova processualmente inesistente, frutto di mere presunzioni di carattere argomentativo.

Lo scarto fra diritto sostanziale e processo testimonia uno scollamento dalla realtà anche di chi indaga il diritto penale sostanziale.

Ogni sforzo teorico di precisare l'elemento soggettivo, pensiamo alla prima formula di Frank utilizzata dalle Sezioni Unite nel 2014 per configurare il dolo eventuale, si scontra con l'assenza di quelle concrete acquisizioni probatorie che sono predicate in sede di enunciazione teorica.

Il richiamo alla concretezza sotteso alla definizione del dolo eventuale cade nel nulla, essendo di fatto impossibile dimostrare una circostanza del tutto ipotetica, ossia stabilire che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita, neppure se avesse avuto contezza della sicura verifica dell'evento.

Come si prova la prima formula di Frank? Nel processo penale dovremmo dedurre un evento psichico controfattuale da una situazione ricostruita *ex post*.

Ma si può condannare o assolvere sulla base di una ipotesi controfattuale improbabile, sempre nel senso di indimostrabile?

Sulla base della formula di Frank, il tema di prova è insuscettibile di dimostrazione effettiva, a dispetto dell'insistito riferimento della Cassazione alle concrete acquisizioni probatorie, e il dolo eventuale finisce per essere una delega in bianco al giudice che potrà decidere sulla base di una sua intuizione, di carattere medianico soggettivo. Come si sarebbe comportato l'agente se si fosse rappresentato l'evento? A questa domanda il processo non può dare risposta in punto di prova, rimane solo l'immaginazione più che l'argomentazione del giudice.

Quando un tema di prova essenziale, come quello relativo a un elemento costitutivo della fattispecie, sfugge alla possibilità di una prova rigorosa e puntuale, le conseguenze all'interno del processo sono molto rilevanti.

La prima fra tutte è che questo tema di prova, che tale non è perché non viene arato dall'attività istruttoria e non vede il pubblico ministero impegnato nella sua rigorosa dimostrazione, non solo finisce per essere presunto, ma non è nemmeno confutabile. Come può la difesa introdurre una prova contraria rispetto a un tema che non è oggetto di prova diretta? Ancor più precisamente, la difesa dovrebbe tentare di provare il fatto negativo, quello che esclude la sussistenza di un elemento che in realtà è presunto.

Affermare che il dolo sia presunto e che venga surrogato dal *dolus in re ipsa* è una presa di posizione impegnativa che merita alcune ulteriori considerazioni.

Ci hanno insegnato che il dolo ha una duplice componente, la rappresentazione e la volontà. Normalmente non viene dimostrata come tema autonomo di prova, né la rappresentazione, né tantomeno la volontà, soprattutto la volontà è sistematicamente estromessa dai temi di prova, perché la giurisdizione è consapevole che sugli atteggiamenti interiori la prova sarebbe difficile, per non dire impossibile, anche quando venisse supportata da comportamenti esteriori aventi valenza indiziaria. Di conseguenza, pretendere la rigorosa dimostrazione della componente volitiva potrebbe determinare un numero assai elevato di assoluzioni.

Per evitare questo effetto evidentemente indesiderato, la giurisdizione penale si è adagiata su un dolo dimezzato, la cui dimostrazione, nei limiti in cui diremo, è comunque limitata alla rappresentazione, dando per pacificamente scontata la volontà.

Ma anche il superstite dolo rappresentativo finisce per essere assorbito in un automatismo logico che sfugge anche alla logica indiziaria.

Si pensi, ad esempio, a una imputazione per rapina. Una volta dimostrato l'elemento materiale, quello soggettivo, tanto nella componente rappresentativa quanto, a maggior ragione, in quella volitiva, rimane ai margini dell'attività probatoria e viene presunto sulla base della indubbia connotazione dell'elemento materiale che ha una sua espressività anche sul piano dell'elemento soggettivo.

A ben vedere non si tratta di una presunzione, né legale né di fatto, ma della pura e semplice rimozione di un tema di prova che può riemergere solo sotto forma di fatto negativo, ossia di negazione della sua esistenza. Questo stato di cose incide direttamente sui carichi probatori: alleggerisce quelli del pubblico ministero, che dovrebbero essere assai più pesanti, dando per presunto il fatto costitutivo, mentre scarica sulla difesa l'intero tema di prova dell'elemento soggettivo, sia pure in chiave negativa dello stesso.

Senza trascurare l'ulteriore considerazione che il dolo non è solo elemento costitutivo della fattispecie e, quindi, della imputazione, ma dovrebbe poi divenire anche un punto imprescindibile della sentenza che voglia affermare la responsabilità dell'imputato.

Questo sarebbe il dover essere dell'accertamento processuale del reato, ma come abbiamo detto l'essere applicativo prescinde totalmente dal tema di prova e di decisione. Il dolo è presunto, sarà poi l'imputato a dover dimostrare l'insussistenza dell'elemento soggettivo se vorrà essere assolto. Onere della prova, o meglio, dovere di prova in capo al pubblico ministero nel dover essere costituzionale del processo, onere invertito nella prassi applicativa che apre il tema di prova solo se la difesa intende impegnarsi nella prova del fatto negativo (insussistenza del dolo).

Non si tratta, come detto, di una vera e propria presunzione espressa, ma della più subdola esclusione del tema di prova dell'elemento soggettivo che viene ritenuto assorbito nella dimostrazione dell'elemento materiale.

Prendendo spunto da questo dato di realtà processuale, alcuni giuristi ritengono che il dolo finisca per essere un fatto incontroverso, con un evidente richiamo alle categorie processualcivilistiche.

Nel processo civile i fatti incontroversi sono quelli che non vengono messi in discussione dalle parti e, come conseguenza, si sottraggono alla dimostrazione probatoria con positive ricadute in termini di economia processuale. Come dire, se è dimostrata la rapina, perché occuparsi del dolo quando la condotta materiale, di per sé, è direttamente dimostrativa di una precisa rappresentazione e volontà in capo all'agente?

Non credo che la giustificazione fornita dalla teoria del fatto incontroverso sia corretta, mancando del tutto una base consensuale espressa che renda effettivamente incontroverso fra le parti il tema di prova. Le parti non si accordano mai per sostenere congiuntamente che il dolo non vada provato e che possa darsi per acquisito e comunque tale accordo non sarebbe in alcun modo previsto dalla legge processuale, con conseguenti dubbi di legittimità costituzionale.

Il fatto incontroverso si dà consensualmente per provato, ma trattandosi di un elemento essenziale della fattispecie ciò non sarebbe possibile.

Guardando meglio all'atteggiamento delle parti, si comprende come il fatto non sia incontroverso sulla base di un accordo al riguardo, ma lo si ritiene implicitamente dimostrato da un'inferenza indiziaria fondata su massime di esperienza che appaiono largamente condivise e, comunque, condivise dalle parti.

Più che di fatto incontroverso, bisognerebbe parlare di dimostrazione implicita su base indiziaria non contestata.

In questi casi — la rapina, ma pensiamo anche a un omicidio in cui la vittima viene attinta da numerosi colpi di arma da fuoco alle parti vitali del corpo — la dimostrazione della con-

dotta materiale, sorretta da prove evidenti di responsabilità in capo all'imputato, finisce per assorbire l'ulteriore tema di prova rappresentato dal dolo che risulta escluso dall'attività istruttoria e che viene implicitamente e consensualmente ritenuto dimostrato da una inscalfibile inferenza indiziaria, in quanto fondata su solide massime d'esperienza, come detto, largamente condivise, anche dalle parti.

Si ritiene che il soggetto agente, rappresentandosi il fatto di tenere questo tipo di condotta, automaticamente, ossia per massima d'esperienza, non può non porsi anche nell'ottica di volere la rapina o l'omicidio che sta commettendo.

Il dolo esce dai temi di prova specifici in quanto dimostrato attraverso la prova dell'elemento materiale, quindi è presunto, o meglio, è dimostrato in via indiretta.

Non siamo sicuramente di fronte a una presunzione di legge, trattandosi piuttosto di una presunzione di fatto, di una inferenza indiziaria condotta su massime di esperienza.

Del resto, in ambito civilistico è chiara la distinzione fra le presunzioni semplici, che consistono in strumenti probatori rappresentati da un ragionamento inferenziale sostanzialmente equiparabile all'indizio penalistico, e le presunzioni legali, che vanno, invece, ricondotte a un meccanismo normativo non riguardante l'accertamento giudiziale dei fatti, ma il regime di distribuzione dell'onere della prova.

Il dolo rimane formalmente un tema di prova, verificato non con la prova diretta e dimostrativa, ma con la prova indiretta e indiziaria: dal fatto noto e provato, l'elemento materiale, inferiamo, attraverso un criterio offerto da massime d'esperienza, il fatto ignoto, cioè il dolo, che non è quindi in *in re ipsa*, ma è sostenuto da una conclusione indiziaria, spesso implicita.

Il dolo indiziario, fondato su una presunzione semplice, impone alla difesa di attrezzarsi per la prova negativa.

Tecnicamente non è una inversione dell'onere della prova, ma in realtà la presunzione inferenziale sposta i carichi probatori, sollevando il pubblico ministero dalla prova diretta dell'elemento

soggettivo e lasciando alla difesa la questione del tema di prova negativo, ossia la dimostrazione dell'insussistenza del dolo.

La natura inferenziale della dimostrazione del dolo impone una riflessione sulle massime d'esperienza. Dove vengono trovate dal giudice? Cosa sono esattamente?

L'esperienza è un tema classico della logica della prova.

Per quanto riguarda il dolo, il criterio è quello della normalità razionale. Normalità razionale del tipo d'autore, per l'esattezza.

Un esempio può essere utile, pensiamo ai reati tributari di omesso versamento delle imposte. Viene dimostrata la condotta omissiva, in ipotesi l'IVA non versata che supera la soglia di punibilità. Il tema di prova rappresentato dalla condotta materiale è dimostrato, al di là di ogni ragionevole dubbio, attraverso elementi di prova documentali inoppugnabili.

Una volta dimostrata la condotta omissiva, si inferisce il dolo rappresentativo. Chi non versa le imposte è perfettamente consapevole della sua azione, la massima d'esperienza è diafana proprio perché rispondente alla universalità dei casi, difficile ipotizzare una mera dimenticanza di un versamento IVA superiore a 250.000 euro.

Un po' diversa è la questione riguardante il profilo volitivo del dolo. L'agente è perfettamente consapevole di non aver versato le imposte, e ciò si evince dalla condotta materiale, rimane però da dimostrare perché ha tenuto la condotta omissiva. Il tema di prova sarebbe la volontà di evadere le imposte, volontà esclusa ogni qual volta il soggetto non sia in grado di adempiere all'obbligo tributario, come quando non abbia sufficiente liquidità al momento della scadenza del versamento.

A ben vedere, questo secondo aspetto, e cioè la componente volitiva del dolo, potrebbe inferirsi solo attraverso la dimostrazione dell'assenza di un fatto impeditivo, cioè della mancanza di liquidità.

A stretto rigore, il pubblico ministero dovrebbe dimostrare non solo che l'agente non ha versato le imposte, ma anche che avrebbe potuto farlo perché aveva la disponibilità economica per farlo e ha deciso di non farlo.

Se la coscienza è semplice da provare, so che non ho versato le imposte, non altrettanto può dirsi per la volontà, non voglio pagare le imposte, pur potendo farlo.

Quest'ultima circostanza non può essere desunta in via inferenziale. Occorre dimostrare il presupposto della volontà ossia la condizione di liquidità. Chi non ha le risorse finanziarie per adempiere all'obbligo tributario non può certamente volere l'ina-dempimento.

Quello che sarebbe un fatto impeditivo, la situazione di illiquidità, diviene un elemento costitutivo, sia pure in termini negativi, la cui dimostrazione non può che essere a carico del pubblico ministero. La crisi di liquidità non è una esimente, ossia un fatto impeditivo in senso stretto, ma un presupposto, in negativo, della componente volitiva del dolo. Per provare il dolo non basta l'inferenza indiziaria fondata sulla condotta materiale dell'omesso versamento, occorre dimostrare che tale omissione è stata voluta in quanto l'agente era nelle condizioni di adempiere, quindi bisogna escludere quel fatto negativo, la illiquidità, che escluderebbe il dolo nella componente volitiva.

Questo secondo aspetto, tuttavia, non viene mai posto come oggetto di prova.

Di solito procediamo per inferenze presuntive, inferenze indiziarie se preferite: provato il fatto materiale dell'omesso versamento, se ne inferisce la rappresentazione sulla base della massima d'esperienza che un debito fiscale di tale portata non può essere dimenticato e che, quindi, l'omesso versamento è consapevole, in altri termini, non poteva non sapere. Questa brutta massima d'esperienza viene poi piegata sulla componente volitiva, dal non poteva non sapere si passa al non poteva non volere.

L'unica spiegazione plausibile dell'omesso versamento è la volontà di evadere le imposte. A ben vedere, non solo la massima d'esperienza del non poteva non volere è seriamente contestabile, ma si costruisce una inferenza indiziaria di secondo grado la *praesumptio de praesumpto* che sarebbe vietata dall'art. 192 comma 2 c.p.p.

Dal fatto noto, l'omissione, si giunge al fatto ignoto, era consapevole di non versare le imposte, attraverso una prima massima d'esperienza, non poteva non sapere di avere un tale debito tributario da adempiere. Da questa conclusione indiziaria, la probabilità della consapevolezza dell'inadempimento, prende avvio una seconda inferenza indiziaria: si è rappresentato l'omissione e l'ha voluta per evadere le imposte, non poteva non volere.

La seconda inferenza, quella sul dolo volitivo, è assolutamente evanescente e, comunque, prende avvio da un dato non sufficientemente preciso, ossia la consapevolezza dell'inadempimento che è frutto di una conclusione solo probabilistica fondata, a sua volta, su massime d'esperienza.

Il tema che ho appena abbozzato in questo mio breve intervento, quello del dolo inferenziale, dovrebbe essere studiato anche con riferimento alla regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, perché quella regola di giudizio, se ci pensate bene, è comunque un'inferenza eliminatoria.

Almeno questa è la mia impostazione: non basta dimostrare in positivo gli elementi costitutivi della fattispecie, compreso quello soggettivo, che però abbiamo visto essere dimostrato solo in via indiretta e inferenziale, ma bisognerebbe, sempre sulla base degli elementi acquisiti, poter escludere anche l'ipotesi alternativa, o meglio l'ipotesi alternativa non dovrebbe essere sorretta da quello che i civilisti chiamano il principio di prova, quindi non la stessa prova che determina l'affermazione della sussistenza degli elementi costitutivi, ma quantomeno un principio di prova che renda l'ipotesi contraria non puramente astratta o congetturale.

Se ci pensate, nel caso dell'omesso versamento, cosa succede?

Abbiamo una dimostrazione del dolo inferenziale, molto labile, soprattutto sotto il profilo volitivo, che potrebbe essere tranquillamente messa in discussione non solo dall'allegazione del tema di prova della crisi di liquidità, ma anche da qualche elemento concreto portato dalla difesa a dimostrazione della tensione finanziaria vissuta dall'azienda in quel determinato momento.

E allora la partita probatoria dovrebbe riaprirsi, perché la dimostrazione del dolo volitivo risulta estremamente debole, in quanto fondata su una inferenza di secondo grado e sulla pseudo massima d'esperienza del non poteva non volere, e verrebbe travolta dall'ipotesi alternativa, anche solo accennata sulla base di un principio di prova della crisi di liquidità.

La regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, fondata su una inferenza eliminatoria, dovrebbe imporre maggior rigore nella dimostrazione del dolo, quel rigore probatorio in grado di escludere le ipotesi alternative. Il pubblico ministero avrebbe quindi l'onere (*rectius*, il dovere) di dimostrare l'omesso versamento e la volontà di evadere le imposte che presuppone la possibilità di farlo, ossia dimostrare che il contribuente poteva tranquillamente adempiere all'obbligo tributario e ha deciso, invece, di evaderlo. Così facendo l'organo dell'accusa si garantirebbe il superamento della soglia imposta dalla regola di giudizio, avendo escluso l'ipotesi alternativa e cioè la crisi di liquidità.

Ovviamente nella giurisprudenza di legittimità non vi è traccia di queste problematiche e quindi possiamo giungere a una prima e forse anche ultima conclusione.

Il dolo è normalmente coperto da presunzioni semplici fondate su inferenze solo indiziarie. Il dolo indiziario e presunto è così scontato che non viene nemmeno enunciato espressamente come specifico tema di prova nel capo di imputazione.

Né l'imputazione né le richieste di prova pongono il dolo come tema di prova.

La natura presuntiva della dimostrazione del dolo deve poi fare i conti con la scelta di considerare l'elemento soggettivo non in relazione al singolo autore del reato, ma in una dimensione astratta che tende a razionalizzare il profilo volitivo attraverso l'utilizzo di massime di esperienza universali che non sono riferite a quel singolo autore di reato ossia all'imputato.

E qui torna il problema delle massime d'esperienza che, avendo carattere universale, anzi essendo predicato il loro carattere universale, riguardano un autore medio ideale e razionale, ma

non hanno nulla a che vedere che il singolo imputato. Il paradosso è così svelato: pretendiamo di dimostrare lo stato soggettivo di un singolo autore di reato applicandogli quello che riteniamo essere il comportamento dell'uomo medio ideale e razionale.

La giurisprudenza non dimostra mai il dolo dell'imputato, ma dimostra, sarebbe meglio dire pretende di dimostrare, il dolo dell'autore medio di quella tipologia di reato.

C'è un'ontologica incompatibilità fra massima d'esperienza e dimostrazione dell'elemento soggettivo del reato. La massima d'esperienza è una generalizzazione, quindi un'astrazione che sfugge, nella sua connotazione universale e oggettiva, all'individuazione soggettiva della valutazione compiuta dal singolo autore di reato.

Dunque, se anche credessimo nella forza epistemica delle presunzioni fondate su massime d'esperienza, dovremmo comunque chiederci se questo tipo di ragionamento possa applicarsi alla valutazione dello stato soggettivo in cui versava il singolo autore del reato.

Facciamo un esempio, per rimanere nella concretezza. Pensiamo alla responsabilità penale dei capi e promotori di un'associazione mafiosa per i reati fine. Questo, grosso modo, è il ragionamento della giurisprudenza: premessa maggiore, ogni omicidio di mafia, chiaramente strategico, è deliberato dalla commissione mafiosa, ossia dai capi e dai promotori; premessa minore, è stato eseguito un omicidio di mafia di importanza strategica; conclusione, l'omicidio è stato deliberato dalla commissione i cui membri sono, quindi, i mandanti e ne devono rispondere.

Chi è membro della commissione partecipa alla deliberazione degli omicidi strategici e, di conseguenza, ne è responsabile dal punto di vista del dolo.

Cerchiamo di portare alla luce le massime d'esperienza utilizzate nel ragionamento induttivo. Si opera per astrazioni, la prima delle quali è che l'omicidio sia stato deliberato dalla commissione. Un tale omicidio non può non essere stato deliberato dalla commissione che non poteva non sapere e non poteva non volere

un fatto di tale importanza. Il capo fa parte della commissione e, quindi, soggettivamente è responsabile. A volte lo stesso ruolo apicale viene attribuito al singolo sulla base di meri indizi, di modo che si passa da una presunzione all'altra.

Dimostrazioni inferenziali fondate su esperienze che tendono alla generalizzazione, quindi all'astrazione, per sfociare in vere e proprie presunzioni. Potremmo richiamare una sconfinata giurisprudenza sui fatti di mafia che applica ergastoli sulla base di notevoli semplificazioni probatorie in punto di dolo, su ragionamenti inferenziali, in totale assenza di prove dimostrative.

C'è una singolare assonanza fra i reati di mafia e quelli economici: l'amministratore delegato e il capo promotore non potevano non sapere. In ogni struttura verticistica si presume che il capo sappia e voglia quanto fanno i suoi sottoposti.

Non rileva quanto sia o meno accaduto nel caso singolo, si opera per astrazioni e si scade in presunzioni che consegnano l'elemento soggettivo a forme di responsabilità oggettiva di posizione.

Pensiamo ancora al tema dei segnali d'allarme nei reati economici.

Si parte sempre dall'elemento materiale, ossia quello che accadeva in quell'azienda, per poi presumere che l'apicale non potesse non cogliere i segnali d'allarme e, quindi, esimersi dall'intervenire. Non lo ha fatto, non è intervenuto, quindi è responsabile per quanto accaduto.

Gli esempi sarebbero innumerevoli, tutti accomunati da un dolo oggetto di presunzioni semplici, per di più riferite non tanto alla condotta del singolo imputato, quanto alla volizione astratta e generalizzata per tipi di autore.

Sarebbe utile un confronto con la dottrina sostanzialistica. Il dolo è l'elemento soggettivo del singolo imputato o quello del reato, inteso come condotta prevista in via generale ed astratta.

Faccio un esempio, non tanto paradossale, perché mi ricorda i casi dei testimoni di Geova e delle trasfusioni di qualche anno fa, però in chiave più attuale.

C'è un novello terrapiattista che è convinto, su basi chiaramente non scientifiche tratte da internet, che somministrando un certo veleno al proprio figlio lo porterà a sviluppare maggiormente gli anticorpi per future pandemie. Il veleno viene somministrato e il figlio muore, da qui l'accusa di omicidio volontario.

La rappresentazione dell'azione è fuori discussione, si è rappresentato e ha voluto il fatto materiale di somministrare il veleno al figlio, ma non l'ha certamente fatto per ucciderlo.

Abbiamo la prova documentale che costui aveva scritto agli amici della sua ferma convinzione che quella somministrazione fosse benefica.

Manca l'elemento volitivo, ma i nostri giudici lo assolverebbero o lo condannerebbero?

In questo caso, si badi, vi è la prova diretta e dimostrativa dell'assenza del dolo volitivo (le lettere indirizzate agli amici e le propagandate intime convinzioni dell'imputato), situazione del tutto eccezionale, dato che il tema di prova del dolo è quasi sempre affidato a dimostrazioni di carattere indiziario.

A mio avviso lo condannerebbero, ma lo condannerebbero perché l'imputato non viene considerato come individuo, bensì come autore modello di quel reato secondo lo schema di ciò che dovrebbe normalmente accadere, sulla base della comune correlazione tra la somministrazione del veleno e la volontà omicidiaria.

Vado a concludere, anche se ci sarebbero molte altre cose da dire, soprattutto sul tema delle posizioni di garanzia nei reati economici.

Al fondo, il problema è sempre lo stesso, la scomparsa del dolo dal fuoco della prova.

Vi sono categorie penalistiche fondamentali, come il dolo, che vivono in una dimensione puramente processuale, che smentisce completamente la dogmatica sostanziale. La trasfigurazione processuale degli elementi costitutivi del reato sarebbe un bel tema sul quale riflettere seriamente.

Il reato ha una sua peculiare dimensione processuale che si allontana dalla dogmatica del diritto sostanziale.

Se leggiamo i testi di *Criminal Law* anglosassoni non si parla dell'autore del reato, ma del *defendant*, cioè dell'imputato, sull'astratta dogmatica penalistica prevale la teoria generale del processo.

Per il diritto sostanziale esistono le cause di estinzione del reato, come la prescrizione, ma il reato non esiste finché non viene accertato in via definitiva nel processo. Parlare di estinzione di qualcosa che giuridicamente non esiste è un fuor d'opera. La prescrizione non estingue il reato, ma il suo accertamento ossia l'azione.

La prescrizione estingue l'azione, cioè la pretesa di veder punito qualcuno sulla base di una ipotesi di reato che tale rimane fino a quando non sopravviene il giudicato.

Questa visione processuale del sistema penale non è solo la rivendicazione, diciamo orgogliosa, di un processualpenalista che vuole in qualche modo sostenere la primazia della procedura penale rispetto al diritto sostanziale, ma è la rappresentazione di una realtà alla quale sarebbe bene dare maggior credito anche negli studi scientifici. A dispetto della manualistica e della dogmatica penalistica, il reato vive in una sua peculiare dimensione processuale. Le componenti normative non "probabili" spariscono completamente dall'oggetto di prova e si trasformano in argomentazione, qualcosa di completamente diverso e puramente processuale.

Se ci pensate, il dolo, oggi, è soprattutto argomentazione.