

Domenico Fiordalisi
Antonella Fiordalisi

La direzione della volontà

Una riflessione sull'elemento
psicologico del reato



Giappichelli

La direzione della volontà

Una riflessione sull'elemento
psicologico del reato



IUSTITIAM COLIMUS

Domenico Fiordalisi
Antonella Fiordalisi

La direzione della volontà

Una riflessione sull'elemento
psicologico del reato



Giappichelli

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4612-9

ISBN/EAN 978-88-921-7877-9 (ebook - pdf)



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*A Marcello Maddalena
esempio per i giovani Pubblici ministeri
e riferimento per l'intera Magistratura*

Nil credendum nisi prius intellectum

(Non si deve credere in nulla se prima non lo si è capito)

Pierre Abélard (1079-1142)

Historia Calamitatum Mearum IX

(Storia delle mie disgrazie)

Capitolo Primo

Tecniche di tutela dell'incolumità personale e pubblica

SOMMARIO: 1. I criteri di accertamento del dolo eventuale. – 2. Il fuoco del dolo è più corto nei reati contro l'incolumità personale e pubblica. – 3. Il sistema del doppio livello di tutela. – 4. Le forzature interpretative.

1. *I criteri di accertamento del dolo eventuale*

La più deprecabile tendenza dell'interprete è quella di trascurare il chiaro senso letterale delle proposizioni normative, finendo per ricavare la regola dal concetto e non il concetto dalla regola.

Vi è un elemento nel dolo che merita di essere approfondito: la direzione della volontà del soggetto agente.

Nelle aule giudiziarie, durante una discussione su una forma tentata di delitto, quasi sempre viene prospettata la questione del dolo eventuale e quasi sempre la stessa viene esclusa con l'argomento che si tratta di dolo alternativo.

È esperienza ormai comune che con elementi probatori non molto diversi (a prescindere dall'evento realizzato) quando il delitto è consumato, in caso di prova incerta, l'accusa argomenta invece che si tratta di dolo eventuale e nella maggioranza dei casi passa questa tesi, che viene giustificata agilmente con frasi che evocano ciò che “ordinariamente” accade.

Francesco Carnelutti, che sicuramente era attentissimo al significato sostanziale e formale di ogni parola usata dalle norme nell'elaborazione di concetti che conservassero una coerenza nell'intero sistema giuridico, ha invitato la dottrina penalistica a fermarsi subito nel maneggiare in modo improprio il concetto di volontà nella costruzione artificiosa della teoria del dolo eventuale: «una tra le creazioni più barocche della scuola penale moderna», «logicamente e psicologicamente assurda, per la quale si pone in sostanza come oggetto della volontà un evento che non è oggetto del desiderio¹».

Ma la dottrina penalistica prevalente non lo ha ascoltato, subendo probabilmente l'influenza delle dottrine germaniche e la giurisprudenza ha così percorso una strada sempre più larga ed autoreferenziale e sempre più sganciata dal dettato normativo, dalla quale è ormai difficile tornare indietro.

Adesso, dopo decenni di incertezze e del moltiplicarsi di sentenze esemplari di condanna, che hanno soddisfatto il desiderio diffuso di rigore sanzionatorio, ma non hanno convinto fino in fondo una fetta di penalisti sempre più ampia, viene sottovoce ammessa una profonda insoddisfazione generale sullo stesso piano dogmatico.

Sono talmente profonde le perplessità sul piano scientifico e laceranti i dubbi sui singoli casi concreti che il dolo eventuale è stato definito un vero e proprio “mistero”, in nome del quale vengono inflitti anni di carcere soprattutto per reati contro l'incolumità individuale e collettiva².

¹F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1933-XI pp. 207 e 208, nota 1.

²Il “Mistero” del dolo eventuale – Scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, il 27 gennaio 2012 a cura di David Brunelli, Torino, 2014, con autorevoli interventi, oltre che di Brunelli, di Franco Coppi, Stefano Canestrari, Massimo Donini, Luciano Eusebi, Giovannangelo De Francesco e Adelmo Manna.

Ripercussioni di tali diffuse insoddisfazioni nella comprensione del fondamento normativo del dolo eventuale si hanno nei contrastanti progetti di riforma del codice penale che, da un lato ammettono la necessità di un inserimento di specifiche norme per stroncare le voci di chi denuncia la divergenza di tale teoria dal chiaro dettato normativo attuale: il progetto Grosso del 2001, che delinea il dolo come “accettazione” della realizzazione del fatto rappresentato come probabile e il progetto Pisapia del 2007, che opta per una soluzione di compromesso, effettuando un riconoscimento normativo esplicito del dolo eventuale con la previsione di un’attenuante facoltativa per l’agente che voglia il fatto solo per averlo accettato, dall’altro il Progetto Nordio nel testo del 2004 che propone concetti chiari di “volontà” e di “dolo” a garanzia dell’imputato in modo coerente con la migliore tradizione criminalistica italiana: «Il reato è doloso quando l’agente compie la condotta attiva od omissiva con l’intenzione di realizzare l’evento dannoso o pericoloso costitutivo del reato, ovvero con la rappresentazione che, a seguito della sua condotta, la realizzazione dell’evento offensivo è certa o altamente probabile». Presoché unanime comunque è la denuncia contro la giurisprudenza di merito che tende a usare il dolo eventuale come scorciatoia probatoria e di conseguenza la Cassazione dopo aver ammesso del «il dolo eventuale è una figura di costruzione giurisprudenziale e dottrinale» e che «non forma oggetto di una testuale previsione legislativa³» è corsa ai ripari, dettando criteri stringenti.

Sez. Un., n. 38343 del 24/04/2014, P.G. R.C. Espenhahn e altri (detta comunemente “Thyssenkrupp”):

³ Sez. Un., n. 12433 del 26/11/2009, dep. 2010, Nocera, Rv. 246324 punti 1 e 3 della motivazione in diritto.

- a) la lontananza della condotta tenuta da quella doverosa;
- b) la personalità e le pregresse esperienze dell'agente;
- c) la durata e la ripetizione dell'azione;
- d) il comportamento successivo al fatto;
- e) il fine della condotta e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali;
- f) la probabilità di verificazione dell'evento;
- g) le conseguenze negative anche per l'autore in caso di sua verificazione;
- h) il contesto lecito o illecito in cui si è svolta l'azione;
- i) la possibilità di ritenere, alla stregua delle concrete acquisizioni probatorie, che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento (cosiddetta prima formula di Frank).

Già il lungo elenco di tali criteri svela tutta la difficoltà di un corretto giudizio in materia di dolo eventuale, mentre basta leggere le sentenze che ogni giorno vengono scritte dopo il formarsi di tale giurisprudenza della Corte di legittimità per accorgersi di quanto poco gli stessi trovino applicazione in concreto.

Avvertiamo quindi l'esigenza di verificare a monte che il dolo eventuale sia compatibile con il concetto di volontà che emerge dal nostro codice penale.

Siamo convinti di no e qui ne spieghiamo le ragioni: non solo il dolo eventuale non è previsto dal codice, ma – a nostro avviso – è in chiaro contrasto con gli artt. 42, 43, 82 e 83 del codice Rocco e con la storia delle norme italiane sui delitti contro l'incolumità individuale e collettiva!

Una volta riconosciuto l'errore sulla figura del dolo eventuale, anche le affermazioni dei giudici sulla presenza in concreto del dolo alternativo nei delitti tentati (che non ha alcun aggancio esplicito in norme del codice penale, pur

trovando argomenti ineccepibili a suo sostegno) scompariranno dalle sentenze dei giudici penali, perché sarà venuta meno la necessità di contrapporre degli argomenti alla tesi della difesa sul dolo eventuale, ormai ritenuto incompatibile col tentativo.

In ogni caso, è bene subito precisare che il dolo alternativo, nonostante sia considerato una forma di dolo indiretto, in realtà presenta nella sua struttura una volontà dell'agente "diretta" a produrre i due eventi alternativi tra loro; sarà poi la sorte a decidere quali dei due si verificherà in concreto, sicché tale classificazione è fuorviante.

2. Il fuoco del dolo è più corto nei reati contro l'incolumità personale e pubblica

Il settore dei reati per i quali ogni giorno vi sono discussioni in giudizio sul dolo eventuale è prevalentemente quello dei delitti contro l'incolumità privata e pubblica: «Omicidio e pistola ecco l'ambiente del dolo eventuale⁴».

Partiamo, allora, da una osservazione a nostro avviso rilevante per comprendere la struttura del dolo disegnata dal codice.

Molti reati contro la persona e l'incolumità pubblica sono caratterizzati dalla tendenza ad utilizzare una tecnica di tutela specifica che, da un lato, accorcia il fuoco del dolo su un fatto lesivo o pericoloso minore e, dall'altro, diversifica gli eventi a fatti che trovano la propria *ratio* nella progressione di certi danni o pericoli che riguardano la persona, nella quale l'evento più grave non è solo contenente quello

⁴ F.M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 493.

meno grave, ma risulta quasi uno sviluppo naturale di quello di grado inferiore e, di conseguenza, ne costituisce già il contenuto potenziale.

Stessa logica ispira la tutela penale degli eventi dannosi o pericolosi che mettono a rischio l'incolumità pubblica.

È una specificità legata anche alla particolare struttura biologica della vita della persona, che la scienza medica, nonostante le continue ricerche e scoperte, conosce solo in una percentuale molto lontana dal 100%.

Una specificità oggettiva, quindi, dovuta alla complessità della salute di ogni individuo concreto, con la propria storia personale, le proprie fragilità specifiche, l'interazione inevitabile con un numero indefinito di fattori pregressi, concomitanti e successivi, di cui praticamente è impossibile avere piena conoscenza da parte di qualunque soggetto agente e che incidono sulla evoluzione di una semplice percossa o di una lesione iniziale, facendo così assurgere a un livello rafforzato di tutela lo stato di pericolo che può conseguire alla condotta e che precede a volte la morte della vittima; non a caso, viene incentrato il maggior sforzo di tutela nella fase intermedia, dove può insorgere il pericolo grave per la perdita della vita dell'individuo o anche la morte di più persone.

Sia nei reati contro l'incolumità individuale, sia in quelli contro l'incolumità pubblica il legislatore ha dovuto fare i conti con un bene giuridico di elevata importanza, che presenta una struttura "fragile"; già nei codici preunitari, è stato indotto a scegliere una tecnica di tutela che pone l'attenzione innanzitutto alla direzione oggettiva e soggettiva dell'azione, scandendo poi in modo progressivo gli eventi intermedi riconoscibili tra l'azione e l'evento conclusivo della serie causale messa in moto.

La maggior parte degli atti contro la vita e l'incolumità

dell'individuo è soggetta, infatti, per regole di comune esperienza all'insorgere progressivo di eventi da minore a maggiore gravità, strettamente legati l'uno all'altro sotto il profilo eziologico.

3. *Il sistema del doppio livello di tutela*

Soffermiamoci su un profilo del codice Rocco che emerge dal rapporto tra la lesione prodotta e le conseguenze dannose che ne derivano per la vita o la salute di una o più persone.

Alcuni beni ricevono una doppia forma di tutela.

Una diretta ed una indiretta.

In via diretta, l'art. 582 cod. pen. tutela la persona dalla lesione volontaria.

In via indiretta, l'art. 583 cod. pen. tutela la persona dalla lesione grave e quella gravissima.

Solo per la prima richiede il dolo.

Per la seconda il dolo non è indispensabile, è addirittura indifferente, ma *non è escluso* e può rilevare nella scelta della pena nell'ambito della forbice edittale. Ai fini dell'art. 583 cod. pen. non è necessaria alcuna indagine sulla volontà; basta quella sulla rappresentabilità da parte dell'agente, per come è richiesto (con la legge del 7 febbraio 1990 n. 19) dall'art. 59, comma 2, cod. pen., ma l'eventuale dimostrazione del dolo non è indifferente agli effetti della pena concreta da irrogare.

Il bene dell'integrità personale è tutelato dal combinato disposto degli artt. 575 e 584 cod. pen., con una tecnica che pone il dolo ora sull'evento più grave, ora sull'evento (lesioni o percosse) prodromico alla produzione della morte della vittima.

La fattispecie dell'omicidio di cui all'art. 575 cod. pen. è descritta integralmente sul piano eziologico con l'indicazione del soggetto «*chiunque*», del verbo transitivo attivo «*cagiona*» e del complemento oggetto che indica l'evento del reato: «*la morte di un uomo*»; quella sull'omicidio descritta dall'art. 584 cod. pen. presenta la stessa struttura di fondo in relazione all'evento più grave, «*chiunque ... cagiona la morte di un uomo*», ma con la specificazione della «*direzione*» degli atti eseguiti dall'agente: «*con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582*».

Si noti come l'art. 584 cod. pen. ha un'impronta essenzialmente dolosa ed è diversa la sua struttura rispetto a quella dell'art. 586 cod. pen., che non a caso richiama la disciplina della colpa indicando l'art. 83 cod. pen.: «*Quando da un fatto preveduto come delitto doloso deriva come conseguenza non voluta la morte o la lesione di un uomo...*».

Nel dolo e nella preterintenzione l'agente *cagiona*, nell'art. 586 cod. pen. dal fatto *deriva* la morte o le lesioni.

Nella preterintenzione l'azione ha una direzione oggettiva e soggettiva verso le percosse o le lesioni, solo oggettiva verso la morte; direzione che non si riscontra nel 586 cod. pen., perché la morte «*deriva*» (cioè discende, consegue) dall'intero fatto posto in essere, senza che vi sia l'accento sul soggetto agente che «*cagiona*».

Tale specificazione – a nostro avviso – contribuisce a cogliere (insieme agli artt. 56, 82 e 83 cod. pen.) un rilievo importante di tipo generale per tutti i delitti dolosi, perché in forza di tale richiamo possiamo affermare che in ogni delitto doloso, come in quelli di percosse o lesioni, “gli atti” devono assumere un particolare carattere che deriva loro dalla “direzione” della volontà.

La giurisprudenza ammette addirittura il dolo eventuale

di lesioni o percosse agli effetti dell'art. 584 cod. pen., Sez. 5, n. 44751 del 12 novembre 2008 superando la posizione opposta espressa da Cass. n. 4904 del 5 luglio 1988 Rv. 180966 perché intende l'espressione usata dalla norma solo sul piano oggettivo e non soggettivo, spiegando che la stessa sarebbe finalizzata «a ricomprendere gli atti realizzanti il semplice tentativo».

Sul piano soggettivo in ordine alla morte cagionata con un reato preterintenzionale, la Cassazione non richiede in capo all'agente nemmeno la "prevedibilità" dell'evento morte del soggetto passivo, perché la valutazione positiva in ordine a questo dato sarebbe "nella stessa legge" con un "assorbimento della prevedibilità nell'intenzione di risultato", atteso che «la difesa dell'integrità fisica umana è talmente avanzata che, per scelta del legislatore, l'agente che pone in essere una condotta aggressiva dell'altrui incolumità fisica deve *accettare il rischio* dell'evento letale della vittima» (da ultimo Sez. 5, n. 16189 del 15 febbraio 2022, Salvatore).

Proprio il riferimento della Cassazione all'«accettazione del rischio» (che non è – come è evidente – un *lapsus calami*) scopre il fianco alla nostra critica sulla sovrapposizione del dolo eventuale con la preterintenzione.

In realtà, la teoria del dolo eventuale non è che un'inammissibile applicazione analogica delle norme di legge sul dolo, con chiara violazione dell'art. 14 delle preleggi: «*le leggi penali non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*», e dell'art. 1 cod. pen., che richiede che il fatto debba essere «*espressamente preveduto come reato dalla legge*».

Il dolo eventuale si basa su una considerazione implicita e, di fatto, su un'inammissibile considerazione ipotetica: se l'agente ha voluto direttamente X, si presume che abbia voluto anche la conseguenza possibile Y.

Nessuna norma di legge pone *espressamente* una simile forma di responsabilità penale, tanto più che il dolo deve essere di volta in volta provato in modo preciso e diretto come processo psichico che effettivamente si è svolto nella mente del reo, senza giudizi ipotetici indiretti, aventi per contenuto solo presunzioni e spesso supposizioni fattuali di carattere ipotetico.

4. *Le forzature interpretative*

Siamo persuasi che, proprio leggendo di nuovo le norme penali sulla tutela della persona e dell'incolumità pubblica e facendo un raffronto tra le norme incriminatrici dei codici previgenti e quelle del codice Rocco, sia possibile accorgersi di forzature interpretative ingiustificate, che soddisfano solo il desiderio degli interpreti di inasprire la risposta penale e che hanno portato ad estendere indebitamente il concetto di volontà e di dolo.

Nelle sentenze dei giudici di merito, scarse e poco persuasive sono le argomentazioni sulla ritenuta sussistenza dell'adesione volontaria del soggetto agente all'evento; spesso le stesse sono solo apparenti, perché nascondono delle presunzioni in base a ciò che "ordinariamente" può conseguire a certi presupposti fattuali, mentre la giurisprudenza di legittimità, per i limiti del sindacato che l'ordinamento le affida, nella maggior parte dei casi non può sbilanciarsi sul vizio denunciato come difetto di motivazione, per la difficoltà di confutare la coerenza logica di dati in partenza già di per sé inaffidabili, perché viziati dal confronto con una concezione troppo aperta del concetto di volontà, che trascura spesso la qualificazione che proviene dall'intenzione.