

IL DOLO EVENTUALE: FATTO-ILLECITO E COLPEVOLEZZA

Un bilancio del dibattito più recente*

Massimo Donini

ABSTRACT

Il dolo eventuale è inquadrato prima nell'evoluzione storica e attraverso la casistica che hanno portato alla oggettivizzazione e normativizzazione del dolo a livello di dibattito internazionale e di prassi giurisprudenziale, ma poi nel sistema contemporaneo del rapporto tra fatto illecito e colpevolezza e verso la valorizzazione della dimensione psicologica volitiva, e non solo rappresentativa, del dolo ravvisabile negli ultimi indirizzi della S.C. Delimitata l'idea di un rischio doloso ai soli casi di dolo diretto, il superamento delle tendenze verso nuove forme di *dolus in re ipsa* viene guadagnato attraverso il recupero, accanto a una selezione obiettiva non marginale del rischio che superi quello della colpa con previsione, della dimensione di colpevolezza del dolo eventuale, ridefinito in quattro punti, di rappresentazione concreta dell'evento, adesione a un rischio obiettivamente grave, percepito dal soggetto, e la cui realizzazione egli asseconda, accettando il prezzo dell'illecito come conseguenza indiretta dello scopo perseguito.

SOMMARIO

PARTE PRIMA. DAL NORMATIVISMO OGGETTIVISTA ALLA SUA CRISI, NELLA TEORIA E NELLA PRASSI DEL DOLO EVENTUALE – 1. Premessa. Un problema di garanzie, non di sole scoperte scientifiche, e un corollario di metodo. – 2. Origini storiche della figura del *dolus eventualis*. – 3. La svalutazione del dolo eventuale nel codice Rocco. – 4. Il dolo eventuale come figura basilica del dolo, anziché eccezione. – 5. Il dolo eventuale come figura a sé stante, o normotipo. – 6. La “normalizzazione” dei tipi d'autore e il passaggio dalla cultura del *versari* a quella del *nullum crimen sine culpa*: la costante tentazione della prevenzione generale. – 7. Segnali di allarme e rischi irragionevoli tra argomentazione e dogmatica. Verso l'abbandono del dolo come stato mentale oggetto di prova? – 8. Concezioni o declinazioni normativo-oggettivistiche del dolo eventuale (o del dolo in generale) nella dottrina straniera contemporanea. – 9. Incostituzionalità delle concezioni oggettivistiche del dolo. Specificità “motivazionale” del *dolus eventualis* tra pericolo di dolo e dolo di pericolo. – 10. Stato di dubbio e dolo eventuale. La svolta segnata da Cass., SS.UU., 26 novembre 2009, n. 12433. – PARTE SECONDA. L'ILLECITO TIPICO DEL FATTO COMMESSO CON DOLO EVENTUALE – 11. I limiti del sistema classico (oggettivo-soggettivo) nella gestione del dolo. – 12. Profili esterni del dolo in genere, disposizioni e indicatori, tra illecito e colpevolezza. – 13. Il carattere oggettivo del rischio concreto del verificarsi dell'evento o dell'offesa. – 14. Ulteriori selezioni oggettive del dolo eventuale, consistenza garantista e limiti dell'idea di un “rischio doloso”. – 15. L'insuperabile momento volitivo della decisione nel dolo eventuale, tra formule di Frank e indicatori del dolo. – PARTE TERZA. IL VALORE DECISIVO DELLA COLPEVOLEZZA DOLOSA – 16. La specificità del dolo eventuale rispetto al dolo generico intenzionale e diretto: l'impossibilità di provare il dolo (come elemento soggettivo) senza la colpevolezza dolosa in senso stretto. – 17. Rifiuto del modello oggettivistico e definizione del dolo eventuale in quattro punti. – 18. Progetti di riforma, illecito del dolo eventuale e ruolo della prova controfattuale. – 19. Persistenti tentazioni politico-criminali e generalpreventive. Il delitto di omicidio stradale tra democrazia penale e cultura dei *media*. – 20. Formulazione dell'imputazione e prova del dolo eventuale. – 21. Una domanda finale.

* Il testo rielabora la relazione svolta al convegno di Perugia del 27 gennaio 2012 su “Il mistero del dolo eventuale”. Discussione con Franco Coppi.

PARTE PRIMA. DAL NORMATIVISMO OGGETTIVISTA ALLA SUA CRISI, NELLA TEORIA E NELLA PRASSI DEL DOLO EVENTUALE.

1. Premessa. Un problema di garanzie, non di sole scoperte scientifiche, e un corollario di metodo

1.1. Il dibattito degli ultimi anni sul dolo eventuale, il più intenso sull'argomento dall'entrata in vigore del codice Rocco, ha prodotto risultati (e non solo "materiali") importanti che costituiscono l'esito di **una sorta di ricerca collettiva**¹, alla quale studiosi, avvocati e giudici, in vario modo, hanno contribuito². Ciononostante, questo territorio di confine del diritto positivo è oggi arroventato da scelte di politica criminale giudiziaria di marcata innovazione punitivista, anche favorite da indirizzi dottrinali di diversa valenza, che offrono occasione talora alla critica della possibilità di una distinzione processualmente affidabile degli stati soggettivi³, e più spesso a nuovi impulsi orientati alla stessa delegittimazione del dolo eventuale⁴,

¹Richiami essenziali, oltre a quelli di seguito specificamente considerati: A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Jovene, Napoli, 1930, 27 ss.; G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente* (Ann. Univ. Catt. S. Cuore, 1932) poi in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1976, 433 ss.; G. MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. I, parte gen., Tomo I, Zanichelli, Bologna, 1949, 442 ss.; A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, Jovene, Napoli, 1955, 284-398; M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinate*, 1951-1952, 142 ss., 212 ss.; ID., voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 792; G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 113 ss.; G. LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1498 ss.; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Morcelliana, Brescia, 1993, 51-54, 65-67, 81-84, 198 s.; ID., *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi M. Romano*, vol. II, Jovene, Napoli, 2011, 963 ss.; S. PRODOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1993, 32 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Un'introduzione*, Cedam, Padova, 1996, 321 ss.; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Giuffrè, Milano, 1999, 122 ss., 143 ss.; ID., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, spec. 920 ss.; ID., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito"*, in AA.Vv., *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini, R. Orlandi, BUP, Bologna, 2013, 131 ss.; e in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2013; G. CERQUETTI, *Il dolo*, Giappichelli, Torino, 2010, 164 ss.; ID., voce *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, Tomo II, 2008, 962 ss.; G.P. DEMURO, *Il dolo II. L'accertamento*, Giuffrè, Milano, 2010, 247 ss., 435 ss.; M. RONCO, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi M. Romano*, vol. II, cit., 1175 ss.; G. DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione "separata" dei tipi criminosi*, in *Studi Romano*, v. II, cit., 883 ss., 904 ss.; M. PIERDONATI, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Jovene, Napoli, 2012, 258 ss. Sul dibattito più recente cfr. pure, oltre alla letteratura che sarà citata nel prosieguo, G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 228 ss.; M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, 2555 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpo cosciente e "colpa grave" alla luce di diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. Pen.*, 2009, 5013 ss.; ID., *Una categoria di frontiera: il dolo eventuale tra scienza, prassi giudiziaria e politica delle riforme*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1317 ss.; F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 493 ss.; A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Scritti Coppi*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2011, 169 ss.; G.P. DEMURO, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *questa Rivista*, 1, 2012, p. 142 ss.; S. CAMAIONI, *Evanescenza del dolo eventuale, incapienza della colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 508 ss., 538 ss.; G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio generalizzante-probatorio e messaggio general-preventivo*, in *questa Rivista*, 1, 2012, pp. 158 ss.; G. DE FRANCESCO, *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 2012, 1974 ss.; S. RAFFAELE, *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso Thyssen*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1077 ss.; D. PULITANO, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 22 ss.; A. AIMI, *Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica*, in *questa Rivista*, 3, 2013, pp. 301 ss.; G. GENTILE, *"Se io avessi previsto tutto questo..." Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013; F. VIGANO, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in *Il libro dell'anno del diritto 2013*, in *treccani.it*; E. MAZZANTINI, *Dolo eventuale e colpa con previsione: dai concetti "generali" agli indicatori "di settore"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 1143 ss.

²A tale riguardo, chi volesse mettere la sua firma sotto una particolare soluzione o teoria del dolo eventuale, resterebbe inevitabilmente deluso dall'osservazione che, in questo caso, come in molti altri, è difficile contrassegnare una "scoperta", una "invenzione", o una tesi come specifica di un autore o di una decisione. Tuttavia, all'interno di queste acquisizioni comuni è certo possibile individuare il peso o l'originalità maggiore o minore di alcuni autori o di alcune sentenze. Ma non è questo il compito che assolveremo nel prosieguo, quanto quello di tracciare le acquisizioni che sono in modo più riconoscibile patrimonio collettivo. La verità e la ragione pubblica appaiono comunque più importanti dell'originalità individuale. La comparazione, nel presente studio, è concentrata su un profilo primario (l'oggettivismo normativista) approfondito al § 8, *infra*, e meritevole di altri approfondimenti.

³Così in particolare G. DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione "separata" dei tipi criminosi*, cit., 883 ss., 904 ss., il quale ritiene impossibile una sicura demarcazione tra dolo eventuale e colpa cosciente su basi psicologiche, essendo comune a entrambi una qualche "accettazione del rischio". Di qui, la ricerca di una distinzione – ritenuta pur sempre doverosa – su basi rigorosamente fattuali, a livello di condotta tipica, e non di elemento psicologico. E' in nome del garantismo, dunque, che l'A., di fronte alle difficoltà d'indagine sulle motivazioni o sull'elemento psicologico, propone di rinunciare alla loro verifica, per ripiegare sull'accertamento di qualcosa di "fattuale", come una sorta di tipo di rischio o di condotta estrinsecamente dolosa. Sennonché, il principio della personalità della responsabilità penale impedisce di seguire forme di dolo tutto solo oggettivate nel fatto, vicine al *dolus in re ipsa*. Da almeno più di vent'anni abbiamo tematizzato in lungo e in largo l'esigenza di pensare il dolo anche come condotta, come azione, con una sua distinta componente "fattuale", ma mai al prezzo di espungerne il lato psicologico interno: così, invece, la più radicale posizione di G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, esposta in un libro di grandioso impegno comparato ispano-tedesco; e in parte già R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, 25-186. Su tali e consimili posizioni v. ampiamente *infra*, § 8.

⁴Per es., da ben distinte opzioni ideologiche o teoriche, M. RONCO, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, cit., 1175 ss.; A. MANNA, *Colpa*

quale pertugio, divenuto smottamento, e poi frana, dove si sperimentano, attraverso concezioni “estensive” della volontà, forme di criptoanalogia *in malam partem*⁵.

cosciente e dolo eventuale, cit., 169 ss. V. pure S. CAMAIONI, *Evanescenza del dolo eventuale, incapienza della colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 508 ss., 538 ss. Nello studio di Ronco è forte la preoccupazione “garantista” che l’attuale oggettivismo nella teoria del dolo sia culturalmente condizionato da premesse che discendono dalla resistenza a indagare l’interiorità, ma alla fine anche soltanto il momento decisionale dell’agire. Le premesse filosofiche di tali resistenze sono individuate nell’opera di Feuerbach, al quale viene fatta risalire la formulazione giuridica di tesi (già kantiane) di separazione tra morale e diritto e, su tali basi, l’introduzione di una figura dimidiata di dolo senza volontà (il dolo come rappresentazione e poi il dolo eventuale, appunto) che sarebbe stata estranea alla vera tradizione sia romanistica, sia canonistica e sia dell’età media, tutta incentrata, secondo l’A., sul dolo come volontà intenzionale. Anche il dolo indiretto di Covarruvias, infatti, altro non sarebbe stato che colpa e Covarruvias non avrebbe mai detto che chi vuole la causa immediata e normale di un risultato pur non perseguito come scopo, vuole anche quest’ultimo. L’analisi storica, peraltro, non supporta questa analisi, almeno per l’età media, Covarruvias compreso (si consenta, anche per i richiami essenziali, il rinvio a M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricostruzione*, cit., spec. 2571 s. e, per Covarruvias, specificamente, i testi riportati da J. PEREDA, *Covarrubias penalista*, Patronato de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1959, 28, 30, 32. Sul tutto v. altresì, nella più recente letteratura italiana, il primo volume della monografia di G.P. DEMURO, *Il dolo. I. Svolgimento storico del concetto*, Giuffrè, Milano, 2007, 109 ss., 134 ss., 141 ss., e spec. 151 ss.): in particolare, l’analisi storica attesta che il dolo eventuale si afferma proprio per contrastare l’oggettivismo di certe applicazioni proprie del dolo generale (*dolus generalis*), della *doctrina Bartoli* e del dolo indiretto per come applicato attraverso Carpozov in Germania (senza che ciò significhi sposare le tesi di Löffler, criticate da Ronco, sulle pretese ascendenze canonistiche della dottrina del *versari* o sull’identificazione della concezione del dolo eventuale di Feuerbach con le tesi storiche di Covarruvias): si trattava, si può anche dire, di forme di responsabilità oggettiva, più che di teorie del dolo (indiretto), ma la distinzione non è sempre storicamente chiara (di qui comprensibili controversie sul fatto che si sia trattato di concezioni della volontà, della sua prova, o di mere presunzioni di responsabilità: cfr. G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 444 ss.). Proprio le successive teorie della rappresentazione, nella dogmatica del dolo, anziché riflettere il naturalismo antiumanistico delle concezioni della prevenzione generale come contro-motivo e della pena come mera coazione di Feuerbach, non sono necessariamente distanti dalle teorie della volontà, tanto che proprio la (prima) formula di Frank – Frank fu esponente illustre e influente della teoria della rappresentazione – costituisce una cripto-teoria della volontà. Una realtà storica, dunque, abbastanza complessa, se non la si esamina attraverso lenti ideologiche. Una realtà, comunque, che non delegittima il dolo eventuale quale frutto avvelenato della “mala pianta” della separazione tra morale e diritto, pur essendo condivisibili le preoccupazioni manifestate da Ronco sullo stato attuale del rifiuto a indagare non tanto gli “animi” quanto semplicemente le decisioni. La ricostruzione del dolo eventuale come *mindfulness* e come colpevolezza in senso stretto (ineludibilità del momento motivazionale), oltre che come rischio grave, da noi qui sostenuta (*infra*, § 16), si muove, pur da diverse premesse, in una direzione non dissimile. Quanto al citato, recente scritto di A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale*, cit., esso mira a una piena delegittimazione del dolo eventuale quale forma inammissibile di analogia *in malam partem*, in quanto si colmerebbe una “lacuna” data dalla definizione codicistica del dolo che esige piena volontà, ed è dunque incompatibile con una forma di dolo che è incentrata sulla rappresentazione (*ivi*, 176 s.). Certo che se fosse vero ciò, il dolo eventuale, più che una costruzione analogica (= che risolve una lacuna che il legislatore non ha visto e che l’interprete “fedele” colma secondo una medesima *ratio legis*), sarebbe solo e semplicemente *contra legem*: in violazione dell’art. 43 c.p. Qui, invece, è in gioco la possibilità che esistano diverse declinazioni del concetto di volontà, pur sotto un minimo denominatore o, meglio ancora, sotto un nucleo di senso capace di conservare a ciascuna di esse un “analogo concetto di volontà”. Questa possibilità si presenta per tutte le grandi categorie della parte generale, che ammettono definizioni a enciclopedia, e non solo a dizionario: dal dolo alla colpa, dal pericolo alla causalità, dalla colpevolezza al concorso di persone. La tradizione internazionale e storica conferma questa caratteristica per lo stesso dolo eventuale, pur nelle difficoltà pratiche di una sua gestione a volte troppo discrezionale (istruttivo, da ultimo, nella letteratura cilena, A. VAN WAAZEL, *El dolo eventual como espacio de discrecionalidad*, in Universidad de los Andes, *Doctrina y jurisprudencia penal. Dolo eventual*, A. Perron, Thomson ed., 2011, 23 ss.). La tesi di Manna, comunque, pare orientata a una soluzione soprattutto *de lege ferenda* – *de lege lata* parrebbe doversi applicare solo la colpa anche nel caso di chi agisca ad ogni costo, con deliberato disprezzo per il bene giuridico – facendo soprattutto affidamento su una terza forma intermedia tra dolo e colpa (di ispirazione anglosassone o francese), da prevedersi solo per i reati contro la vita. Sul carattere non risolutivo di tale forma intermedia (ammesso dallo stesso A.), v. *infra* (§ 3.2 e nota 19, nonché § 19), e lì anche una replica ad alcuni rilievi critici rivolti a precedenti nostre trattazioni del tema. Su posizioni orientate alla delegittimazione (e non solo a una “riduzione”) del dolo eventuale già *de lege lata*, v. pure G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa*, cit., 228 ss., 271; ID., *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica e incostituzionalità*, *ivi*, 2000, 820. Nello scritto di S. CAMAIONI, *Evanescenza del dolo eventuale*, cit., dopo un’interessante parte storica, emerge una lettura di ascendenza finalista che sostituisce all’idoneità della condotta, nel reato doloso, la sua malizia (*ivi*, 534-537). Ne consegue la svalutazione di ogni profilo di rischio anche nel dolo eventuale (e nel dolo in genere). Il dolo eventuale, in tal modo, privato come è anche di una intenzione lesiva diretta (il solo dolo diretto sarebbe riconducibile all’art. 43 c.p.), e altresì della praticabilità della formula di Frank (soluzione da altri non condivisa, pur muovendo da premesse finalistiche consimili: il professore Pagliaro, per es., che segue analoghe premesse sul rapporto tra condotta dolosa e rischio, e nondimeno accoglie la categoria dell’imputazione oggettiva dell’evento, adotta una pregnante qualificazione del dolo eventuale), risulta destituito di legittimazione giuridico-politica (condotta né necessariamente pericolosa, né diretta alla lesione). Anche la colpa cosciente non potrebbe venire automaticamente in considerazione, salvo che nei casi in cui si muova da un’attività lecita di base, in quanto si nega la colpa in contesto illecito (*ivi*, 544 ss.). Non resterebbero, per i casi di dolo eventuale innestati su condotte di base già penalmente illecite, che le forme di *aberratio* e di preterintenzione. Un’interpretazione incompiuta delle teorie del rischio e dell’imputazione oggettiva (forse gioverebbe approfondire J. WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg, 1988, e volendo anche M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell’evento* (*dir. pen.*), in *Enc. Dir.*, Annali, III, 2010, e qui la bibliografia citata alle pp. 709-712), ma forse anche soltanto del principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, condiziona tutto questo “sommovimento dogmatico”, come definito dall’A. stesso. In ogni caso, è vero almeno che, storicamente, la nostra preterintenzione ha “coperto” a lungo forme di dolo eventuale o comunque di dubbio sul dolo e sulla decisione interna del soggetto agente (v. al riguardo, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996, 330 ss.) *Amplius* e in un diverso contesto ricostruttivo, più di recente, M. CATERINI, *Il reato eccessivo. La preterintenzione dal versari in re illecita al dolo eventuale*, ESI, Napoli, 2008, 285 ss., 379 ss., muovendo da una concezione del dolo eventuale come non volontà dell’evento – tale essendo, per l’A., solo l’intenzione – e comunque come eccesso del volere, e della preterintenzione come eccesso di volontà maggiormente punita anche per il *versari in re illecita* nel quale l’agente si è collocato. Sulla difficile conciliabilità dell’art. 43 c.p. con il dolo eventuale nelle sue ricostruzioni meno “volontaristiche”, quanto meno, G. LICCI, *Dolo eventuale*, cit., 1498 ss. V. in generale, da premesse volontaristiche, ma non abolizioniste rispetto al dolo eventuale, anche la trattazione di L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 51-54, 65-67, 81-84, 198 s.; G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 164 ss., 517 ss., 613 ss.

⁵Per es. (in ordine cronologico) i già citati G. FORTE, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica e incostituzionalità*, cit.; A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale*, 176 s.

1.2. Più forte del bisogno di scoprire nuovi percorsi, mi pare dunque quello di recuperare dall'oblio o dallo smarrimento della prima lettura, alcune tra le innumerevoli dottrine, vecchie o nuove, per ordinarle in funzione di garanzia, **muovendo da una concezione del diritto penale come scienza delle garanzie**, irriducibile (= non limitato) alla *pura conoscenza* d'istituti e categorie del diritto⁶.

1.3. A questa **premessa di politica della scienza** si aggiunge un **corollario di metodo**: ogni concetto giuridico è normativo, ma esso rinvia a realtà extragiuridiche che con quello "dialogano". **Il puro normativismo è sempre meno garantista del normativo delimitato dalla realtà extragiuridica**. Il dolo (ma anche la causalità, la colpa, la colpevolezza, l'imputabilità *etc.*) non s'imputa semplicemente, perché occorre *prima* avere *accertato qualcosa* "da imputare a dolo", senza che quel qualcosa sia il dolo stesso come realtà interna empiricamente percepibile, che rimane "sullo sfondo", ma esiste. Il concetto normativo, del resto, non contiene già predefiniti tutti gli *oggetti* da accertare: perché il significato sociale di un atto come doloso suppone che tutti i profili indiziari concreti rilevanti si colleghino a qualcosa ad esso esterno o interno, e non coincidente con una valutazione "senza oggetto". Ci occuperemo qui, pertanto, del concetto normativo (sostanziale) e dell'oggetto dell'accertamento (processuale) *senza confonderli insieme e senza identificarli con un fatto simbolico*: un oggetto che simboleggi la colpevolezza interna, dandola oramai per smarrita dentro a una simbologia che si autorappresenta.

2.

Origini storiche della figura del *dolus eventualis*

2.1. La figura del *dolus eventualis*, lessicalmente già recepita nell'opera di J.S.F. von BÖHMER (1704-1772)⁷ e poi diffusasi nell'Ottocento in locuzione latina in area tedesca e sino a oggi come sinonimo di *bedingter Vorsatz* (dolo condizionato: agire a condizione che, a costo di), da noi in passato contenuta (assorbita) nel *dolo indiretto* (ancora peraltro assimilabile a forme di responsabilità oggettiva/preterintenzione), ma più precisamente nel *dolo indeterminato* (essendo quest'ultimo connotato da più precisa volontarietà), dove il soggetto si rappresenta e vuole indistintamente più risultati possibili⁸, è *nata e comunque si è affermata storicamente* (soprattutto dopo FEUERBACH, che ritiene non più "pensabile" il dolo indiretto⁹) per valorizzare le esigenze della colpevolezza psicologica, o comunque di un vero coefficiente soggettivo¹⁰, nei casi dove imperavano prima la *doctrina Bartoli* (l'ascrizione a dolo delle conseguenze solo prevedibili),

⁶La finalità di conoscenza è un obiettivo insuperabile dell'attività scientifica. Il diritto penale, peraltro, se non rimane anche scienza delle garanzie, si può trasformare immediatamente in disciplina oppressiva e odiosa, che coarta i diritti fondamentali almeno quanto vorrebbe proteggerli, anziché nella misura minore possibile. Pertanto, la finalità di conoscenza, nel caso del diritto penale, solo in prospettiva storica può prescindere da qualche "applicatio" e profilarsi come del tutto oggettivata nelle cose, mentre in prospettiva attuale essa si vede avvinta in modo inseparabile al piano delle garanzie.

⁷Analisi completa in G. BOLDT, *Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft*, de Gruyter, Berlin, Leipzig, 1936, 181 ss., 215 ss. e nell'efficace sintesi di U. SCHEFFLER, *J.S.F. von Böhmer (1704-1772) und der *dolus eventualis* – Kann der große Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etwas geben?*, in *Jura*, 1995, 349 ss., 354 s. Che il termine *dolus eventualis* sia stato usato per la prima volta, quanto ai penalisti, da J. S. F. BÖHMER, *Observationes selectae ad B. Carpzovii practicam* (Francofurti, 1759), Pars I, obs. 2, quaest. 1 n. 62, è attestato da A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, von Hirschfeld, Leipzig, 1895, 171-172, da R. v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht. Allgemeine Lehren*, Bd. II, Springer, Berlin, 1930, 301 s., n. 11, K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 2, zweite Hälfte, *Schuld und Vorsatz*. 2. *Der rechtswidrige Vorsatz*, 2. Aufl., Felix Meiner, 1916, Neudruck Scientia Verlag, 1991, 862, n. 3; e confermato da F. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, 1930, rist. Scientia Verlag, 1973, 122 s. Nondimeno, la ricerca monumentale di G. BOLDT, *Johann Samuel Friedrich von Böhmer*, cit., attesta che BÖHMER applicava il dolo eventuale come il dolo indiretto di Carpzov (*ivi*, 218 s.), sì che da un fatto oggettivamente molto indiziante si deduceva la volontà indiretta, secondo un giudizio oggettivo-normativo, non di vera colpevolezza, come sarà da Feuerbach in poi e, probabilmente, nella precedente opera del filosofo Wolff.

⁸Cfr. M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank*, cit., 2572. La categoria del dolo indeterminato trova in Feuerbach in Germania (che lo utilizza come sinonimo di *dolus eventualis*), e in Carrara in Italia, alcune paradigmatiche teorizzazioni. Basti ancora il rinvio a A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, cit., 272 ss., 424-471 e spec. 460 s.; G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. I, cit., 142 ss., 230 ss. (Carmignani), 238 ss. (Carrara), e alla efficace sintesi già presente in G. DELITALA, *Dolo eventuale*, cit., 434-441. Da ultimo v. pure G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 467-483.

⁹A.R. v. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*¹⁴, hrsg. Mittermeier, Heyer's Verlag, Giessen, 1847, § 59 ("unbestimmter Dolus (dolus indeterminatus s. eventualis)" (già nella 5^a ed., del 1812, per es., al § 58), dove il dolo indeterminato/eventuale è pur sempre diretto ("gerichtet") in modo "alternativo" a più possibili risultati lesivi. E subito dopo, al § successivo: "Indirecter Dolus ist nicht denkbar": un dolo indiretto non è concepibile (come volontà).

¹⁰Cfr. più di recente H. LESCH, *Dolus directus, indirectus und eventualis*, in *Jur. Arbeitsblätter*, 1997, 802 ss.; I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW*, 103, 1991, 1 ss., spec. 23 ss.; G. JAKOBS, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, in *ZStW*, 114, 2002, spec. 588 ss.

poi la teoria del *dolo indiretto* – da COVARRUVIAS, anche riletto attraverso CARPZOV: chi vuole un fatto, vuole anche (o comunque risponde obiettivamente di) ciò che ad esso consegue oggettivamente in maniera immediata e diretta¹¹ – e la responsabilità oggettivo-presuntiva che dal rischio deduceva automaticamente la pena del dolo o una pena ben più grave di quella riservata ai fatti colposi. Anche il brocardo tradizionale *dolus indeterminatus determinatur ab exito* doveva uscire chiaramente sconfessato da una concezione del dolo eventuale come colpevolezza vera.

2.2. Col dolo eventuale si trattava, peraltro, di enucleare espressamente una figura che scontava la possibilità di diminuire il coefficiente volontaristico-intenzionale del dolo, in quanto nel dolo eventuale l'evento non era e non è perseguito come fine. Si esigeva però la prova di una decisione interiore, di un assenso prestato. *La famosa teoria della rappresentazione, nella lettura più garantista possibile, quella di Reinhard FRANK* (che ne è stato un celebre esponente), *si confondeva quasi con la c.d. teoria della volontà*, in quanto – per raggiungere l'agognata "equiparabilità" di un volere indiretto a uno diretto a cui serviva la teoria della rappresentazione là dove l'evento non era direttamente voluto-prodotto-cagionato dall'azione come parte di essa – non si appagava certo di un evento solo rappresentato, ma richiedeva una colpevolezza pregnante nel dolo eventuale, cioè una decisione assunta con coefficiente volontaristico tale che sarebbe rimasto immutato anche in caso di rappresentazione dell'evento come certo, anziché solo come possibile o probabile¹². Si consideri che una simile prova non è certo richiesta per il dolo intenzionale: se il soggetto, che ha lo scopo dell'evento lesivo, ma non è *omnimodo facturatus*, avesse saputo a che cosa stava realmente per dare origine, magari uccidendo la persona sbagliata, si sarebbe varie volte astenuto da quell'agire, che magari aveva basse probabilità di successo e che rimane comunque intenzionale (almeno nel tentativo verso il soggetto designato) al tempo della condotta; si consideri, altresì, che secondo quella formula si poteva *imputare a dolo* anche un evento incerto, anche un evento solo possibile, e quindi *solo previsto*¹³: caricando però di maggior peso specifico volontaristico *la decisione*, collegata all'evento da una previsione ipotetica sicura, risultavano ascrivibili anche i rischi remoti della previsione reale, e pur sempre indirettamente attivati *ex ante*¹⁴.

2.3. *Nel prosieguo, come noto, il dolo eventuale, da categoria "della colpevolezza" si è convertito spesso nel suo contrario, cioè in un ritorno alle censurate origini* (dalla volontà alla mera rappresentazione e, sul piano processuale, alla rappresentabilità pressoché inevitabile dell'evento come prova della sua rappresentazione), *realizzando una continua estensione dell'area punibile a casi di comportamento "sotto rischio" o tenuti in presenza di un rischio "irragionevole" o "inaccettabile"*. L'insistere sul tema del rischio, peraltro, doveva condurre ad accentuare il livello di quel rischio, mentre nella tradizione di un'equiparazione volontaristica fra dolo diretto e indiretto, a una decisione più forte (di agire "comunque") poteva corrispondere un livello di rischio meramente possibile.

E in effetti, il *trend* storico che esalta di nuovo il rischio, o un rischio qualificato, contiene spesso, ma nient'affatto necessariamente, anche una qualche svalutazione del momento volitivo-decisivo, che il codice del 1930 pensava di avere scongiurato.

¹¹Covarruvias definisce peraltro *indiretta* questa volontarietà che copre le conseguenze immediate e dirette dell'azione volontaria (per es. la morte che segue "immediatamente e per sé, non *per accidens*", dalle ferite volontariamente inferte), non trattandosi di conseguenze perseguite intenzionalmente. Si che questa volontà indiretta sembra coprire il nostro dolo diretto (conseguenza certa, ma non intenzionale), la preterintenzione, come pure il dolo eventuale. Una nebulosa scientifica, non c'è che dire. Per le conseguenze che risultano *per accidens* e altresì per quelle – non identiche alle prime – che derivano da volontà indiretta egli parla della necessità di applicare non già la pena ordinaria dell'omicidio, ma una pena diminuita. Cfr. J. PEREDA, *Covarrubias penalista*, cit., 32 s., 36.

¹²Amplius K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, rist. Scientia Verlag, Aalen, 1964, 97-100, e qui, alle pp. 192 ss., 203 ss. una sintesi dei principali rilievi critici alla formula di Frank; R. v. HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Eine dogmatische Studie*, Hirzel, 1903, 1-75 (teoria della rappresentazione), 111 ss. (tesi di Frank); A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, Jovene, Napoli, 1955, 284-398; E. MEZGER, *Diritto penale (Strafrecht)*, Cedam, Padova, 1935, 360 ss.; nonché A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Jovene, Napoli, 1930, 27 ss.; G. MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. I, parte gen., Tomo I, Zanichelli, Bologna, 1949, 442 ss. (e 435 s. sulla teoria della rappresentazione). V. ora sul tema la ricerca storica di G. GENTILE, "Se io avessi previsto tutto questo...", cit.

¹³V. più ampiamente K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 192 ss., 203 ss.

¹⁴In breve. **La teoria della rappresentazione, nella lettura di Frank del dolo eventuale, era così potenzialmente volontaristica che non esigeva la stessa volontà del dolo diretto o intenzionale, ma una volontà persino maggiore**, perché nel dolo diretto-intenzionale è richiesta solo la volontà di ciò che si è causato (magari a distanza) come fine della condotta, compatibile con la disponibilità a mutare subito la decisione in caso di eventi indiretti indesiderabili (per es. *aberratio ictus*, *aberratio causae*, errore sui motivi: **qui il fatto resta normativamente intenzionale anche se il soggetto si sarebbe astenuto dall'agire in caso di consapevolezza dell'evento concreto**).

3.

La svalutazione del dolo eventuale nel codice Rocco

3.1. Il codice vigente, nel 1930, non ha valorizzato il dolo eventuale¹⁵, costringendo o sollecitando l'interprete a riportarlo nel paradigma legislativo "principale" (apparentemente unitario) dell'evento preveduto e voluto come conseguenza dell'azione od omissione (art. 43 c.p.), e giungendo addirittura a statuire, in caso di *contagio intenzionale* di sifilide (malattia mortale, all'epoca) o blenorragia ("al fine di cagionare il contagio"), che la morte conseguente alle lesioni dolose venisse imputata *di regola* a titolo di omicidio preterintenzionale (art. 554, u.mo co., c.p.): là dove oggi a qualsiasi pubblico ministero posto di fronte a una infezione da virus HIV intenzionalmente prodotta, neppure sfiorerebbe il dubbio di non contestare, in caso di morte susseguente, l'omicidio doloso¹⁶.

Il paradigma dominante, perciò, quello del dolo intenzionale o diretto (tanto che questi ultimi erano talvolta ritenuti sinonimi), assorbiva garantisticamente le forme minori: sia nella tradizione tedesca che ha costruito la figura del *dolus eventualis*, sia nella tradizione italiana del dolo indeterminato e poi del "sistema" del codice del 1930.

3.2. Mentre dunque il codice Rocco misconosceva il dolo eventuale quale figura *autonoma* di volontà "dimidiata" (ma con rappresentazione piena), in compenso ha arricchito la parte speciale, e altresì quella generale, di tutta una serie di *figure criminose dolose miste a responsabilità oggettiva* (dolo/responsabilità oggettiva, dolo/preterintenzione), *oggi riconvertibili in figure miste dolo/colpa*, le quali svolgono una funzione distensiva e integrativa dinanzi al dualismo tra dolo (eventuale) e colpa (cosciente)¹⁷.

Quelle figure, in altri termini, eludono, sdrammatizzano l'alternativa, ma non hanno certo risolto il problema del dolo eventuale almeno nei settori dei reati contro la vita o contro l'incolumità individuale e pubblica, limitandosi ad attenuare la difficoltà teorica e pratica di quella distinzione. Esse sono risolutive soprattutto nei casi dove il soggetto vuole solo il pericolo e non l'evento: lì una figura mista, con cornice editale unitaria – come nelle contravvenzioni – conserva un significato criminologico e pratico rilevante e decisivo: si pensi alle forme di disastro ex art. 434 c.p. aggravato o 437 c.p. aggravato¹⁸.

3.3. La storia dell'applicazione del dolo, nella seconda metà del Novecento, ha invero conosciuto una *progressiva, travolgente estensione* della categoria del dolo eventuale *nonostante la presenza di quelle figure miste*¹⁹.

Il *Trattato* più famoso del diritto penale italiano, quello di Vincenzo MANZINI, dedica a questa forma di dolo, su dieci tomi di analisi, dei quali tre di parte generale, appena tre righe

¹⁵V. la netta esclusione del dolo eventuale da parte di Arturo Rocco e altri commissari nel corso dei lavori preparatori del codice del 1930: riferimenti testuali in G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 147 ss., 164 ss. (che pure conclude per la rilevanza del dolo eventuale, secondo le soluzioni finalmente adottate dal codice). V. pure P. SILVESTRE, *Piccole note a margine di un grande tema. Considerazioni brevi sul dolo eventuale*, in *Giustizia pen.*, 2011, II, 432 ss.

¹⁶Sull'incriminazione del contagio venereo ex art. 554 c.p., cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. VII, Utet, Torino, 1951, 610 ss., e 624 s., anche in nota, sull'ipotesi aggravata dal fine di contagio. Notevole che comunque, pure nel commento, Manzini ipotizzi che vi sia o volontà di contagio, ma non di uccidere, o fine di uccidere. Il dolo eventuale non è preso in considerazione.

¹⁷Sui più recenti progetti legislativi di omicidio stradale v. *infra*, § 19.

¹⁸Anche la recente vicenda delle SS.UU. sul rapporto fra art. 648 e art. 712 c.p. (una sorta di doppio regime di fattispecie di confine, però profondamente diverse nella gravità), sulla quale v. *infra*, § 10 e 17.3-17.4, ha dimostrato che l'alternativa tra fattispecie di parte speciale non elimina la questione del dolo eventuale. Dovremo capire perché, anziché attenuarne la casistica, quelle fattispecie miste non sono valse, invece, ad impedire che aumentassero le richieste di applicazione giurisprudenziale del dolo eventuale sia nei settori delle fattispecie miste, e sia in settori sempre più nuovi, dove le figure miste non esistono, in effetti.

¹⁹La maggior parte delle questioni possono essere *sdrammatizzate a livello di commisurazione della pena*, prevedendo cornici editali (dolo/colpa) parzialmente sovrapposte: ciò avviene **già ora** (a prescindere dalla figura dell'omicidio stradale di annunciata introduzione) in materia di circolazione stradale o di omicidi e lesioni colpose per inosservanza di discipline antinfortunistiche. Tuttavia, affidarsi al dato per cui si può comunque arrivare a pene simili nei due casi, *non ci aiuta a decidere*: è un altro modo per eludere il problema di fondo, senza averlo risolto, ma solo *attenuato nel pragmatismo*.

Quel pragmatismo, inoltre, è spesso figlio di una cultura della prevenzione generale subappaltata alla magistratura. Il **pragmatismo commisurativo è una malattia cronica del sistema sanzionatorio italiano**: l'imputazione delle contravvenzioni abitua a non distinguere tra dolo e colpa se non a livello commisurativo, la soluzione unitaria nel concorso di persone abitua a non distinguere tra autore e partecipe se non a livello commisurativo, l'imputazione oggettiva delle circostanze aggravanti, imperante dal 1930 al 1990, si è perpetuata nel pragmatismo dell'imputazione mista dolo/colpa delle stesse dopo il 1990 (art. 59 cpv. c.p.: "conosciute" ovvero "ignorate per colpa" o "per errore ritenute inesistenti") e intesse di sé le fattispecie aggravate dall'evento, che sacrificano il principio di colpevolezza anche oggi che trova applicazione "ermeneutica" il *nullum crimen sine culpa*: infatti, di fronte a cornici editali piene di prevenzione generale, si recupera un po' di equità sanzionatoria solo a livello commisurativo, magari qualificando i delitti aggravati come circostanze e bilanciandoli con alcune attenuanti. La situazione si riflette

e una breve nota²⁰, ritenendola una sorta di dolo *indeterminato* (quando il soggetto vuole più eventi, nessuno peraltro precisamente individuato), ma *non alternativo* (che si avrebbe quando è voluto l'evento più grave), bensì *eventuale*, perché a un risultato voluto si aggiunge l'assunzione volontaria e cosciente del *rischio* di eventi diversi, più o meno gravi. L'esempio (in nota) era quello dello sparo micidiale contro una persona a una distanza di quindici metri, tale da non potersi escludere come "voluto" anche l'evento più grave non perseguito come fine dal soggetto. La *tradizione italiana*, in effetti, sconfessando in parte la *dottrina Bartoli* e quella del dolo indiretto, vedeva precisamente nel *dolo indeterminato* le origini vere di quello che si chiamerà dolo eventuale: solo le conseguenze realmente previste e accettate, anche se solo genericamente, erano imputabili a dolo, non quelle puramente prevedibili o dirette.

E' così che il codice Rocco non ha avvertito l'esigenza di differenziare la nozione di dolo, prospettandone una definizione unitaria per i delitti.

Se dunque il "Trattato" di MANZINI dedicava tre righe al dolo eventuale, Giuseppe BETTIOL, nel suo "Diritto penale", faceva l'esempio di un signore che spara a dei colombi in una piazza cittadina, rischiando di colpire delle persone²¹, e Francesco ANTOLISEI, a sua volta, ricorreva all'ipotesi di chi fa scoppiare una bomba senza voler uccidere, ma accetta il rischio della morte altrui²², mentre per la colpa cosciente si richiamava l'esempio del lanciatore di coltelli²³. Ripensando a questi classici della formazione del penalista sino a oltre la prima metà del Novecento, non si può non rimanere colpiti dal fatto che uno degli strumenti didattici oggi più diffusi nella preparazione dei concorsi in magistratura, per la quantità e l'aggiornamento dei materiali emergenti dalla prassi, il "Manuale" di Roberto GAROFOLI, dedichi al dolo eventuale una trentina di pagine, contrassegnate non solo da richiami di dottrine, ma soprattutto da fitte analisi giurisprudenziali di casi sconosciute nel dibattito passato²⁴.

4.

Il dolo eventuale come figura basica del dolo, anziché eccezione

4.1. Nella stessa comprensione scientifica del fenomeno, il dolo eventuale ha quindi conosciuto **una singolare evoluzione: da sottospecie** della regola generale nell'idea originaria del codice, mera *quantité négligéable*, se non talora ipotesi dubbia e persino contestata negli anni Trenta per chi riteneva difficile ricondurla al paradigma principale – si pensi alla posizione di Alfredo DE MARSICO²⁵ –, esso è divenuto, quando si cercava culturalmente di ottenere nozioni pur sempre "unitarie" delle categorie di parte generale, **una figura "basica" del dolo e dunque della responsabilità penale nei delitti**, già nella trattazione classica di Marcello GALLO, che ha sottolineato la costanza dei momenti rappresentativi, e la limitazione di quello volitivo, invece, rispetto a taluni soltanto degli elementi del fatto²⁶: le conseguenze non possono essere psicologicamente volute, ma solo rappresentate – questo l'assunto di fondo – in quanto la volontà orienta e domina solo la condotta²⁷. Posta tale premessa, la vera nozione unificante

culturalmente su tutti gli aggravamenti sanzionatori dettati da esigenze generalpreventive tipici di alcuni delitti aggravati o preterintenzionali della tradizione penalistica del codice Rocco. Di fronte a certi picchi sanzionatori *il giudice, dunque, prima sceglie la pena concreta che avverte come equa, poi cerca di adattare a essa la cornice edittale più confacente, o le circostanze attenuanti più utili per raggiungerla*. La distinzione dolo/colpa, e dunque la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, vive costantemente in questo clima di pragmatismo commisurativo. Ciò non significa che la soluzione dei problemi pratici, in alcuni casi, non possa essere aiutata davvero dall'esistenza di *fattispecie miste* o "di confine" che tipizzano forme di colpa grave/dolo di pericolo separate da fattispecie con dolo intenzionale/diretto, o dove il dolo eventuale rimanga, ma sia destinato a diverse tipologie comportamentali. *In ogni caso il problema del dolo eventuale non viene risolto da fattispecie miste, ma solo aggirato o contenuto*. Ne abbiamo a iosa in materia di reati contro la persona: tutti i delitti aggravati dall'evento, le aggravanti ad effetto speciale, oltre alla preterintenzione, all'art. 586, all'art. 116 c.p. etc. Eppure, nonostante tutte queste possibilità di scelta che si "aggiungono" all'alternativa dolo/colpa, la questione del dolo eventuale è riesplora in maniera impensabile.

²⁰V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Utet, Torino, 1950, 672 s.

²¹G. BETTIOL, *Diritto penale*¹⁰, parte gen., Cedam, Padova, 1978, 449.

²²F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte gen., Giuffrè, Milano, 1975, 276 s.

²³*Op. loc. ult. cit.*

²⁴R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, parte gen., Nel diritto editore, Roma, 2011, 838-868. Oppure si veda l'ampia rassegna di dottrina e giurisprudenza curata da R. BLAIOTTA, *Art. 43*, in LATTANZI-LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2010, spec. sulla giurisprudenza 345 ss.; v. su questo trend G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit.; F. VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit.; A. AIMI, *Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica*, cit., 301 ss.; E. MAZZANTINI, *Dolo eventuale e colpa con previsione: dai concetti "generali" agli indicatori "di settore"*, cit., 1143 ss.

²⁵A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà*, cit., 144 ss., 152 ss.

²⁶M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, cit., 142 ss.

²⁷Cfr. M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, cit., 750 ss., spec. 767. Era la tesi "classica" della teoria della rappresentazione in Germania. La *teoria della rappresentazione* (già v. Nettelblatt, L.H. Almendingen e E.I. Bekker nell'Ottocento, in area tedesca, e quindi le più famose espressioni

tutte le “specie” di dolo è stata offerta dal momento rappresentativo, sì che la rappresentazione dell’evento non solo come certo, ma anche solo come probabile o possibile, integrerebbe il passaggio dalla colpa cosciente al dolo eventuale, se il soggetto non abbia risolto in senso negativo il dubbio sulle conseguenze lesive possibili²⁸.

4.2. Se basta volere la condotta *nel dubbio* sulle conseguenze, e se le conseguenze non si possono volere ma solo rappresentare, il dolo è, nella sua essenza, fundamentalmente rappresentazione dell’offesa o del risultato lesivo attraverso una condotta volontaria: la coscienza e volontà dell’azione (art. 42 c.p.) assorbe così il dolo come volontà, e al delitto doloso (art. 43 c.p.) manca ormai la piena volontà, che è anticipata nella condotta²⁹.

La teoria di Marcello GALLO sarà celebratissima (anche se non proprio dominante) per un cinquantennio, soprattutto per il suo riferimento all’offesa come oggetto del dolo, mentre la giurisprudenza continuerà (giustamente) a ripetere (anche solo come giaculatorie) le formule legali del dolo come volontà e previsione dell’evento. Ed è una teoria dove il dolo eventuale non costituisce più una figura marginale o eccezionale, ma piuttosto centrale e basilica³⁰.

4.3. Secondo una diversa e pure molto diffusa impostazione, anch’essa presente fino ai nostri giorni e probabilmente dominante nelle teorie della prassi (più che nella prassi applicata) si dovrebbe riconoscere apertamente che la nozione di dolo più pregnante (di volizione piena intenzionale) conosce delle “**eccezioni**” o delle “declinazioni”: tale è spesso apparso, a molti studiosi, il ruolo problematico del dolo eventuale, contenente una nozione “estesa” di volontà. Sennonché, in questa diversa lettura è evidente che il dolo eventuale non rappresenta più il “denominatore comune” per la definizione del dolo in genere, ma solo una sua forma dimidiata.

La preoccupazione di stabilire le condizioni “garantistiche” per assicurare che quella *estensione* si avvicini il più possibile al momento volontaristico del dolo, sostiene ricerche come

in R. Frank e in F. v. Liszt, nel Novecento) risente di una concezione (ottocentesca) del reato come azione sorretta da mera innervazione corporea: solo ciò che entra nel dominio dell’azione fisiologica “corporea” si può imputare a dolo come cosa veramente propria del soggetto. E’ un’azione fisiologicamente causante. Gli eventi successivi sono pure imputabili, ascrivibili, ma emerge un coefficiente di fortuito nel loro accadere. C’è dunque meno azione e meno volontà. C’è più rappresentazione. La volontà sarebbe solo la produzione di movimenti muscolari, ma il recupero delle conseguenze come “fatto proprio” del soggetto si avrebbe, in caso di dolo, operando sul coefficiente di certezza, quasi certezza o probabilità del risultato, oppure sulla prova di una decisione “ad ogni costo”. Cfr. R. FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, *ZStW*, 1890, 169 ss., 198-208. I sostenitori della sufficienza della accettazione della mera “possibilità” dell’evento prodotto con dolo indiretto sacrificano, all’evidenza, sia il momento volontaristico del dolo, e sia una equiparazione di disvalore in termini di fatto proprio. Utili approfondimenti storico-dogmatici sul rapporto tra azione e imputazione nel contesto storico coevo al formarsi delle teorie della rappresentazione in G. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem* (1904), rist. Darmstadt 1967, 110-131; R. DE GIORGI, *Azione e imputazione*, Milella, Lecce, 1984, 15-83; H. WELZEL, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, in *Jur. Schul.*, 1966, 421 ss. Il legame della teoria della rappresentazione con le concezioni causali dell’azione ha fatto sì che essa sia stata svalutata dopo l’affermarsi della concezione finalistica dell’azione (dagli anni ’50 in avanti); tuttavia, con lo sviluppo delle teorie del rischio, e di una cultura più oggettivista e normativista, dagli anni ’70 del secolo scorso in poi, essa ha ripreso un forte vigore nell’area culturale di lingua tedesca e spagnola.

²⁸M. GALLO, *Il dolo*, cit., 212 ss.; *Id.*, voce *Dolo*, cit., 767 ss.

²⁹Ciò che parrebbe avvenire *contra legem*, alla luce del vigente art. 43 c.p., salvo ritenere welzelianamente che la lettera del codice sia superata da strutture ontologiche pregiudiziali, alle quali l’argomentazione di Gallo, nel caso di specie (v. la nota precedente), pare in qualche modo avvicinarsi.

³⁰M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, cit., 765-769, 790-793. V. in effetti i rilievi critici, sotto questo profilo, di L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 82-84. **Va anche detto che in una teoria incentrata sull’offesa del bene protetto (come quella di M. Gallo), è più semplice ragionare in termini di rappresentazione, piuttosto che di volontà dell’offesa**, essendo chiaro che, soprattutto nei reati più artificiali, si vuole il fatto, mentre si può al massimo comprendere che cosa l’ordinamento intende nel considerarlo lesivo. Vero è, peraltro, che il *contenuto* del dolo dipende dal suo *oggetto*, e dunque a seconda del tipo di reati esso può avere una dimensione più ricca di momenti volontaristici (per es. dolo specifico, attentato *etc.*), ovvero rappresentativi (reati a condotta neutra, o con rilevanti elementi normativi *etc.*). Il vizio metodologico delle principali teorie del dolo (e del reato) del passato più o meno recente, è stato quello di essere troppo generalizzanti, in bianco e nero, binarie, di non distinguere tra le diverse forme, di non introdurre definizioni a enciclopedia: così, per es., l’oggetto del dolo diventava o sempre e solo l’evento naturalistico, o sempre e solo l’evento giuridico. V. *infra*, § 5 e note 34-35. La lettura di Gallo, anche in tema di evento nel tentativo, nella colpa, nell’*aberratio etc.*, era troppo intelligente per cadere in questa trappola binaria, volendo per l’appunto distinguere il contenuto del dolo a seconda del suo oggetto (volontà per l’azione, rappresentazione per l’evento). Nondimeno, ci pare che la sua chiara propensione per la teoria della rappresentazione rimanga abbastanza condizionata, sul piano logico, dall’aver privilegiato l’evento-offesa come oggetto costante del dolo. Sui limiti del valore “generale” dell’offesa come oggetto del dolo sempre, si consenta il rinvio a DONINI, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, 506 ss.; *Id.*, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 294 ss., 302 ss. Per un recente tentativo di una definizione unitaria di *tutte* le forme del dolo come decisione contro il bene giuridico, v. comunque G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, cit., 137 ss.

quelle di Luciano EUSEBI³¹, ma anche di Salvatore PROSDOCIMI³², di Giovanni CERQUETTI³³, e da ultimo di Gian Paolo DEMURO³⁴.

5.

Il dolo eventuale come figura a sé stante, o normotipo

5.1. Nel prosieguo dell'elaborazione scientifica, si è preso atto non solo della necessità – invero tradizionale – di distinguere tra più “forme” di dolo, come anche di colpa, di pericolo *etc.*, ma altresì di individuare, rispetto a categorie pseudo-“generali”, che abbiamo definito “a dizionario”, vere e proprie definizioni “a enciclopedia”³⁵ – le quali non costringono a nozioni generalissime di classificazione aristotelico-naturalistica, *per genera et species*, o ricostruite secondo un rapporto di regola/eccezione –. Si è quindi sviluppata nella dottrina italiana una

³¹L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 1 ss., 107 ss. e 175-210; ID., *La prevenzione dell'evento non voluto*, cit., 963 ss. Il libro di Eusebi, fra l'altro, oltre a offrire una compiuta ricostruzione “teorico-ideologica” del dolo come volontà (una modernizzazione della teoria volontaristica di v. Hippel, anche per il rapporto tra sapere causale e ricostruzione dei fatti psichici), contiene la rilettura più convinta della necessità di adottare la prima formula di Frank, quale criterio probatorio decisivo per raggiungere uno statuto di volontà indiretta avvicinata, anche se non proprio equivalente, a quella intenzionale. Sul valore operativo di questa formula, ampiamente, *infra*, §§ 15 e 18. Sull'esigenza di definizioni a enciclopedia, e non di essenza, degli istituti giuridici, v. *infra*, note 34-35.

³²S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 32 ss.; ID., voce *Reato doloso*, in DDP, XI, 1996, 235 ss. Secondo Prosdocimi l'accertamento del dolo eventuale suppone una vera deliberazione comparativa, una sorta di opzione tra un bene e un altro, che viene subordinato al primo. Prevalle il momento razionale e calcolatore della consapevole scelta del “prezzo” dell'illecito. Ciò implica, a nostro avviso, che tale forma di dolo sia di regola da escludere nei reati d'impeto, occorrendo una *mindfulness*, una deliberazione consapevole e “calcolata”, che pur non essendo la volontà inesorabile della formula di Frank (v. *infra*), in ogni caso si sottrae alle impostazioni oggettivistiche o fondate sul rischio. La tesi della compatibilità col dolo d'impeto è discussa dalla nostra giurisprudenza, che tende ad ammetterla: v., infatti, lo stesso PROSDOCIMI, *Op. cit.*, 34 s., pur timidamente favorevole, in modo problematico rispetto alla coerenza con la sua impostazione di fondo. Sul fatto che la prova della scelta del prezzo dell'illecito non sia veramente raggiungibile – al confronto con l'ipotesi confinante della colpa cosciente – senza valutare gli aspetti motivazionali, v. *infra*, nota 147.

³³G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 299 ss., 517 ss., 593 ss. In questo corposo studio, che contiene anche ampie e interessanti ricostruzioni storiche (*ivi*, 159-178, 363-515), e filosofiche (*ivi*, 63-146), oltre che teorico-comparate (*ivi*, 2-62, 179-296), ci sono due aspetti qualificanti e parimenti problematici dell'impostazione dell'A. Da un lato, il riferimento ad analisi psicologico-coscienziali per il dolo in genere (non solo per quello eventuale), con ampio riferimento a discipline psicologiche (che l'A. definisce “psicologia scientifica”, rifacendosi fra l'altro a studi di Fritz Heider, ma anche di J. R. Searle), la cui gestione processuale, incentrata su un paradigma forte di “causalità psichica” (*ivi*, 574 ss., 593 ss.), appare critica; e dall'altro, la valutazione che il passaggio dalla colpa (cosciente) al dolo (eventuale) avverrebbe secondo un'intensificazione quantitativa maggiore della “intensità della volontà” e della “direzione della volontà” che caratterizzano l'azione penalmente rilevante in genere (*ivi*, 299 ss., 601, 623 ss.). Una differenza quantitativa che appare anch'essa di gestione teorica, e non solo pratica, malferma. V. sul punto i conformi rilievi di G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, cit., 81-85 (riferiti alla prima edizione del libro di Cerquetti, pubblicata col titolo: “La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo”, Giappichelli, Torino, 2004).

³⁴L'opera di DEMURO (*Il dolo*, vol. II, cit.) costituisce oggi il contributo più completo (v. anche ID., *Il dolo*, vol. I, cit., di carattere storico) e istruttivo, sul tema del dolo in generale nella letteratura italiana. Esso non offre, peraltro, una “nuova” concezione né del dolo, né del dolo eventuale in particolare (v. al riguardo, il vol. II, cit., 141 s., 247 ss.), ma tratteggia un quadro assai equilibrato delle diverse posizioni, tentando in un quadro di garanzie costituzionali un recupero di tutti i momenti volontaristici e rappresentativi del dolo, e così pure dei profili di tipicità del dolo in generale (*ivi*, 115 ss.), quelli relativi alla condotta esterna e alla sua individuazione processuale (v. anche, con ampie convergenze rispetto a precedenti lavori di chi scrive, *ibidem*, 101 ss., 123 e nota 253, 355 ss.). con ampia attenzione alla giurisprudenza, oltre che alla letteratura anche straniera, e utile disamina degli indicatori del dolo (*ivi*, cap. IV). Rispetto a quanto proposto nella presente ricerca, un momento di differenza è costituito dal dato che riteniamo di valorizzare maggiormente l'autonomia del dolo eventuale quale forma di dolo a sé stante, certo collegata al concetto “basico” del dolo come realtà normativa con contenuti sia volontaristici e sia rappresentativi, ma con una identità di fatto tipico e colpevolezza più marcati. Ne discende anche una chiara attenuazione, per noi, del valore delle definizioni per *genera et species*. V. *infra*, il § seg., e nota 36 per la problematicità delle definizioni “generali”, e più in dettaglio i §§ 16-17.

³⁵M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, Utet, 1999, 286 ss., § 28 (e già nell'estratto anticipato del 1998). La vecchia logica classificatoria imponeva che tutte le *species* avessero i connotati del *genus*: per es. se a una forma di dolo manca la volontà intenzionale, e se abbiamo identificato la volontà con la volontà intenzionale, quella forma non è più “dolo”. Affinché anche quella forma rimanga legittimamente dolosa occorre ragionare diversamente: il dolo intenzionale è anch'esso una “forma”, non l'archetipo. Tuttavia, perché abbia un senso che tutte le forme siano “rappresentazione e volontà”, in tutte dovrà essere presente un coefficiente volontaristico credibile, anche se declinabile diversamente. Il problema è che forse, pur riuscendo a rinvenire quel coefficiente, esso potrebbe non essere un vero denominatore comune in senso logico-matematico (lo stesso dicasi per le varie e coesistenti nozioni o espressioni della causalità, della colpa, del pericolo, del concorso di persone, che sono nozioni a enciclopedia anch'esse, e non a dizionario). Questo però è il bello delle scienze dello spirito, che non si riducono a un *esprit géométrique*. Volendo uscire un attimo dai confini tecnicisti, ma con riferimento puntuale a questo specifico problema, al quale non è ora possibile dedicare un approfondimento, si cfr. M. HEIDEGGER, *L'epoca dell'immagine del mondo* (orig. *Die Zeit des Weltbildes*, conferenza friburghese del 1938), in *Sentieri interrotti*, La Nuova Italia, Firenze, 1968, 71 ss. (orig. *Holzwege*, Klostermann, Frankfurt a. M., 1950) spec. 74-77, che appare illuminante sul metodo delle scienze della cultura, e sul concetto stesso di ricerca scientifica, rispetto ai settori d'indagine propri delle discipline naturalistico-matematiche. Si potrebbe rileggere questo saggio in controluce con il manifesto del Circolo di Vienna (che considerava metafisica o priva di senso ogni disciplina o proposizione non giustificabile in termini empirico-matematici), al quale idealmente si contrappone. Cfr. VEREIN ERNST MACH (Hg.), *Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis* (1929), in *Wiener Kreis. Texte zur wissenschaftlichen Weltauffassung*, a cura di M. Stöltzner e T. Uebel, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 2006, 3 ss., dove H. Hahn, O. Neurath e R. Carnap dedicano a Moritz Schlick il famoso “Manifesto”. In realtà, nel diritto come scienza sociale convivono entrambi i metodi, sia quello dell'ermeneutica, sia quello dell'impiego di saperi empirici e discipline eziologiche o nomologiche. Il momento garantista del diritto penale, poi, qualifica in termini deontologici la politica della scienza, più che offrire un contributo solo conoscitivo al diritto come è.

prospettiva che riconosce apertamente che il dolo³⁶ indiretto o eventuale ha un contenuto rappresentativo/volitivo *differenziato* (e non necessariamente eccezionale), che è una forma di dolo a sé stante e non semplicemente una specie del dolo. È già un fatto tipico, ha una tipicità oggettivo-soggettiva propria, insieme alla fattispecie di parte speciale integrata, prima di essere anche colpevolezza.

Esso, perciò, appare attualmente – anche se non siamo certi che la giurisprudenza, nel complesso, si sia resa conto di questo passaggio teorico in atto, anche quando “usa” la dottrina contemporanea a livello argomentativo – come **una forma del tutto autonoma, un normotipo, con una sua tipicità e una sua colpevolezza distinte.**

Ciò significa, *in primis*, che mutano il “fatto” e la “colpevolezza” come categorie dogmatiche, o che vanno comunque declinate diversamente rispetto alle altre forme di dolo.

5.2. Paradigmatica, al riguardo, la ricerca di Stefano CANESTRARI (specialmente in relazione all'autonomia del fatto commesso con dolo eventuale), che persegue l'obiettivo pratico di individuare un rischio tipico del fatto commesso con dolo eventuale, estendendo la figura anche a fatti commessi in contesto lecito di base³⁷, e anzi modellando la sua ricostruzione soprattutto su tali tipologie di situazioni.

Seguendo implicitamente quest'abbrivo anche *sul terreno criminologico*, e non solo dogmatico, solo nell'ultimo decennio si è registrata *nella prassi* una mutazione ben più significativa: l'estensione paradigmatica e costante del dolo eventuale anche a *tipi d'autore normali*, che agiscono nel quadro di attività originariamente lecite: circolazione stradale, rapporti sessuali non protetti, attività d'impresa.

Seguiamo soprattutto quest'ultimo percorso, per ritornare, da lì, ai profili dogmatici e politico-criminali: una prospettiva illuminante, come vedremo, piuttosto che quella “originariamente” teorica, in quanto è il percorso che più ci istruisce sulle ragioni di garanzia che contrassegnano il diritto penale come scienza e devono poi guidarci nell'impostazione e nella soluzione dei profili c.d. dogmatici di costruzione degli istituti.

³⁶Lo avevamo scritto in uno studio sulla teoria del reato più “in generale”, valorizzando però le molteplici realtà differenziate, mal conciliabili con la tradizionale generalizzazione arbitraria presente nelle teorie generali classiche: M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 325-329, dove si prospettava l'esigenza di individuare un livello di rischio più specifico, ulteriore per il dolo eventuale, la realtà di una sua colpevolezza da provarsi di regola in modo più puntuale, a livello motivazionale, rispetto alle altre forme di dolo, ma nondimeno il suo ancoraggio a una chiara dimensione di volontà, e non di rappresentazione. Nella concezione dei concetti “generali e astratti”, invece, che muove dai requisiti inferiori e minimali di un istituto per desumerne la nozione di “genus”, c'è una prospettiva classificatoria distorta, che da tempo andiamo censurando: premesso che non è congruo impostare la ricerca sulla base della ricerca di “essenze”, in ogni modo nessuno definisce o comprende l'essenza della causalità se si concentra su solo quella omissiva, o l'essenza del concorso di persone se si concentra solo sull'agevolazione. Per questo la vecchia teoria “generale” del reato viveva di generalizzazioni arbitrarie, nella misura in cui (perpetuando una tradizione che si origina dalla *Metafisica* di Aristotele, VII (Z), 4, 1029 b-1030b) presumeva di ordinare un sistema sul metodo naturalistico della catalogazione *per genus et differentiam specificam*, così costruendo perenni “generalizzazioni arbitrarie” o concetti formali ed esangui: come la definizione del dolo che, per volere essere la più “generale” (ogni forma di dolo sarà pari o superiore a quella del dolo indiretto), non dice più nulla delle forme più pregnanti e rappresentative di questa complessa figura. In realtà, come chiarito in altre occasioni, l'esigenza di una “differenziazione” concettuale riguarda tutto il sistema penale, sia in termini di politica criminale, sia di dogmatica e di analisi dei singoli istituti: se esiste una nozione di dolo più generale e “centrale” (rappresentazione e volontà del fatto tipico), essa va però calata sulle tipologie criminose, conoscendo lì il vero collaudo e adattamenti a volte profondi. Di qui il concetto non solo di definizioni a enciclopedia, ma anche di opposizioni “polari” (*plus/minus*), anziché dicotomiche (*aliud/aliud*). Per queste categorie e le relative problematiche cfr. pure M. DONINI, *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. VOGLIOTTI, Giappichelli, 2008, 218 ss., 234; G. ZANETTI, *Individui situati e trasformazioni del diritto*, in *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società italiana di filosofia del diritto*, Torino, 16-18 settembre 2008, Esi, 2009, 99 ss.

³⁷La ricerca di Canestrari (v. i lavori cit. *supra*, a nota 1, e *infra* sub § 11.1 e 14) contribuisce a “sdoganare” il dolo eventuale dalla cultura del *versari* (come già l'A. aveva fatto con il libro sulla preterintenzione quanto al tema delle regole cautelari in contesto illecito), ma rimane debitrice di tutte le moderne teorie del rischio e dell'imputazione oggettiva dell'evento (pur non seguendo l'A. le tesi di un denominatore comune basilico di rischio per il dolo in genere, ma sostenendo una peculiarità del rischio richiesto nel fatto commesso con dolo eventuale). Tanto che lo sforzo argomentativo maggiore si concentra nella ricostruzione di un tipico “rischio doloso” del fatto commesso con dolo eventuale (un rischio che un normale agente modello di riferimento non potrebbe accettare, e anzi neppure prendere in considerazione di accettare). Per non ridurre il “fatto doloso” con dolo eventuale a un dato obiettivo, a una sorta di *dolus in re ipsa*, si riconosce poi l'esigenza di una decisione contro il bene giuridico a livello di colpevolezza. A tale riguardo, peraltro, lo studio non si discosta molto da altre teorie correnti a base volontaristica pur ampiamente criticate nella *pars destruens* dell'indagine: **il livello del rischio doloso, perciò, è anche per Canestrari soggettivamente compatibile con la colpa** (con previsione), e il “fatto” commesso con colpa cosciente può avere a base oggettiva (fattuale) un livello di rischio proprio del dolo eventuale. **A decidere sarà allora la colpevolezza**, anche se non viene proposta, al riguardo, una teorizzazione particolare per determinare il contenuto – in realtà, a questo punto, così *decisivo* – della colpevolezza dolosa del dolo eventuale. Istruttiva sul nesso tra dolo eventuale e logica del *versari*, la ricerca di M. CATERINI, *Il reato eccessivo*, cit., 198 ss., 247 ss., 275 ss., 392 ss. (a prescindere dagli esiti teorico-dogmatici *de lege lata*, che paradossalmente conducono a perpetuare tale logica, o comunque la cultura del *versari*, quale fondamento “legittimo” della maggior punibilità della preterintenzione, una volta assicurata la sua “parentela” col dolo eventuale come forma di reato eccessivo).

6.

La “normalizzazione” dei tipi d’autore e il passaggio dalla cultura del *versari* a quella del *nullum crimen sine culpa*: la costante tentazione della prevenzione generale

6.1. Il *dato più innovativo* – ma anche di grande delicatezza operativa, come vedremo – pare costituito dall’estensione del dolo eventuale dall’ambito delle attività in contesto illecito di base a quelle in *contesto lecito* di base, e quindi a *tipi d’autore sempre più normali*. Si tratta, però, di un’estensione per nulla consolidata, e spessissimo rifiutata nei *gradi superiori di giudizio*.

Questa impostazione segna un vero rinnovamento, anche se di significato polivalente, perché da un lato conduce a *estendere il dolo eventuale* non solo ad *autori*, ma anche a *fatti prima immuni* (e in parte ingiustamente immuni) *dalla sua disciplina*, e governati da una sorta di privilegio della colpa, ma dall’altro lato *affranca il dolo eventuale dalla logica del versari* nella quale esso era ricaduto: infatti, l’elaborazione storica del dolo eventuale oltre i confini della *dottrina Bartoli*, del dolo indiretto e del *dolus generalis*, manteneva una radice ancora forte nella cultura della responsabilità oggettiva in quanto la sua estensione applicativa veniva riservata a fatti indirettamente voluti mediante una “adesione”, una “accettazione”, una “decisione contro”, una “indifferenza”, un “agire a costo di”, che si originavano pur sempre da un contesto *illecito* di base: *lo stesso contesto proprio della responsabilità oggettiva “classica”*³⁸

6.2. E’ solo con l’estensione del dolo eventuale a contesti leciti di base che sorge – paradossalmente: insieme al rischio di indebite estensioni – una diversa cultura garantista, anche se (ma non è un caso) ciò avviene proprio nel momento dell’aumento delle ipotesi di responsabilità.

Infatti, l’attenzione che ha destato questo fenomeno ha fatto sì che *ci si sia resi conto dell’esistenza di problemi probatori che prima venivano negletti* in quanto il *thema probandum* riguardava se non proprio “nemici” dello Stato o della società, in ogni modo “delinquenti” che già avevano agito in situazioni di base criminose: essi erano dunque meno garantiti e i problemi probatori che li riguardavano rimanevano sotto traccia. Estendendo il “paradigma” del dolo eventuale a tipi d’autore più normali e socialmente inseriti, si è sviluppata una diversa attenzione garantista nei loro confronti e quindi (almeno così dovrebbe essere) più in generale.

Ora che anche il comune cittadino, l’atleta, l’automobilista o l’imprenditore rischiano una condanna per dolo eventuale e dunque, quanto meno, un processo di Assise o un processo da criminalità comune violenta, si comprende che non è possibile, o è altamente problematico, “scommettere processualmente” sull’esistenza di qualcosa di soggettivo-interno che sia stato *deciso in pochi secondi*, come spesso accade in varie tipologie di casi (es. circolazione stradale), oppure qualcosa di soggettivo-interno inerente a una politica d’impresa decisa a più livelli, e che è comunque contro-interessata rispetto al verificarsi di incidenti sul lavoro, mentre non lo è rispetto a economie di spesa sulla sicurezza. Tutto va concretizzato sulla decisione personale di singoli soggetti: e il peso di un’immane responsabilità individuale non rende giustizia rispetto a situazioni piene di corresponsabilità collettive.

Ciò – si noti bene – *era vero anche prima*, quando si doveva decidere se applicare il dolo eventuale al rapinatore che sparava all’auto della polizia: però in quei casi gli scrupoli erano (forse) meno forti. Ora, invece, si avverte in modo più netto che una differenza edittale e sanzionatoria così rilevante – come quella tra dolo e colpa, almeno nelle fattispecie e nelle cornici edittali classiche – esige accertamenti sicuri. Proprio l’estensione della problematica a tipologie

³⁸All’obiettivo di ripensare *tutte le categorie di parte generale* alla luce del *nullum crimen sine culpa* avevamo dedicato la nostra monografia su *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991. In questo studio, peraltro, non era affrontato specificamente il tema del dolo eventuale – che, come qui meglio si dirà, mette in “tensione” una netta separazione tra illecito e colpevolezza, e quindi una “doppia posizione” del dolo ben definita –, anche se la distinzione dolo/colpa era chiaramente impostata su basi volontaristiche (v. peraltro, sul dolo eventuale, *Op. ult. cit.*, 347-349). Abbiamo poi invece approfondito il tema del dolo eventuale soprattutto nel libro *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 318 ss., in quello su *Il delitto contravvenzionale. “Culpa iuris” e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Giuffrè, Milano, 1993, 252 ss. (quanto a ricettazione e incauto acquisto); quindi, per le prospettive di riforma e indicazioni di un articolato, in *Considerazioni critico-costruttive sul principio di colpevolezza* (1999), in *Id.*, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, 250-254, e più di recente soprattutto nella nota *Dolo eventuale e formula di Frank*, cit., a commento della sentenza delle SS.UU. del 2010, in materia di ricettazione commessa con dolo eventuale.

di autori più normali o vicini alla quotidianità ha *accentuato la sensibilità garantista* a tale riguardo³⁹, magari suggerendo in termini puramente pragmatici soluzioni solo “commisurative” legate all’uso di *cornici edittali* inferiori ma applicate verso i massimi, oppure la revisione delle cornici introducendo nuove figure di sconsideratezza, terze forme soggettive miste *etc.*⁴⁰

6.3. Addirittura, come sappiamo, l’attenzione garantista verso un tipo d’autore “normale” (*partner* sessuale in rapporto coniugale) ha portato la giurisprudenza a scandagliare così in profondità (e così benevolmente) le motivazioni del soggetto, da escludere il dolo eventuale (di omicidio) anche di fronte a rapporti sessuali non protetti *durati per molti anni* in costanza di infezione HIV⁴¹: attenzione motivazionale che (giusta o sbagliata che sia stata la decisione finale) mai sarebbe stata espressa, in passato, verso un rapinatore che spara. Nello stesso tempo, quando il tipo d’autore è meno “normale”, trattandosi, per es., di un *partner* omosessuale che cerca nei rapporti a rischio, anche contro la volontà della parte passiva, legata in *bondage*, e così costretta-ingannata a subire *un singolo rapporto senza protezione*, il piacere di potere trasmettere a terzi il virus HIV da cui è affetto, la soluzione è diversa⁴²: ma passa, anche qui, attraverso un’analisi della “motivazione” del soggetto, non del rischio in sé che, in caso di singolo rapporto non protetto, è molto basso (inferiore all’1%).

6.4. La distinzione (dolo/colpa), si capisce, può farsi ad un tempo meno drammatica e più flessibile a fronte di cornici edittali molto ravvicinate: qui la “teoria generale” rischia di trasformarsi in “commisurazione della pena”: come nella tradizione italiana delle contravvenzioni (dolo/colpa) e del concorso di persone nel reato (autore/complice), che rappresentano, fra l’altro, due peculiarità tra quelle di maggior successo nella prassi giudiziaria. L’estensione del dolo eventuale ai contesti leciti di base, cioè alle attività lecite, vive costantemente sotto la minaccia, la tentazione o il rischio di trasformare l’identità dell’elemento soggettivo in una categoria diversa, alla luce di *esigenze di prevenzione generale*: la prevenzione generale mediante il dolo eventuale non ha molto senso rispetto al rapinatore che fugge o al violentatore di gruppo, ma rispetto all’automobilista sì.

In questa area si muovono *recenti proposte di riforma*, da ultimo recepite anche a livello governativo, dalle quali si è originata la formulazione di **un nuovo omicidio stradale** che per un evento cagionato involontariamente in condizioni di consapevole ubriachezza alla guida (fatto di base già penalmente rilevante, sia pur come contravvenzione), contempla una pena particolarmente elevata, che in alcune proposte legislative è stata determinata sino a 18 anni⁴³.

6.5. E’ così che si sviluppa **un eccesso di prevenzione generale** che strumentalizza la responsabilità relativa a un fatto del passato per prevenire fatti futuri di terzi, accollando una pena la cui maggiorazione “fa scontare” al soggetto il fatto altrui.

³⁹Le più recenti voci critiche rispetto al dolo eventuale (*supra*, § 1) risentono di questo clima, in parte accompagnano il (e in parte dipendono dal) dato dell’enorme espansione concettuale e giurisprudenziale di tale forma: in ogni caso non sono certo posizioni immuni dal tempo e vanno comprese (anche nelle rispettive ricostruzioni storiche del passato) in questo *milieu* storico-culturale.

⁴⁰Rinvio alle impostazioni paradigmatiche, sul punto, di F. CURI, *Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell’elemento soggettivo del reato*, Giuffrè, Milano, 2003, e ora di A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale*, cit., spec. 190 ss.

⁴¹E’ il famoso **caso Lucini**: Ass. App. Brescia, 26.9.2000 (in riforma di GUP Cremona, 14.10.1999, in *Foro it.*, 2000, II, 348, con nota di E. NICOSIA, *Contagio di Aids tra marito e moglie e omicidio doloso*), confermato da Cass., sez. I, 14.6.2001, 30425, in *Cass. pen.*, 2002, 3096 ss. Sul tema v. K. SUMMERER, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell’Aids-carrier*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 303 ss., sulla scia dell’impostazione “responsabilizzante”, almeno a livello di illecito (di pericolo “doloso”), tracciata da S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 151 ss., 167 ss., 197 ss., sulla quale v. *infra*, § 14.4-14.7ga

⁴²E’ il caso deciso da Cass., Sez. V, 26 marzo 2009, n. 13388, R.T.P. ricorrente: **caso del singolo rapporto omosessuale senza protezione di Aids-carrier, approfittando del partner in situazione di bondage**. V. per una soluzione corretta del caso il § 18.4. Paradigmatico il caso del cliente infetto che è sempre in colpa e della prostituta infetta che accetta il rischio, nella critica di R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit., 65, a proposito delle “fallacie” della teoria del consenso e della formula di Frank (erano esempi di J. De Asúa).

7.

Segnali di allarme e rischi irragionevoli tra argomentazione e dogmatica. Verso l'abbandono del dolo come stato mentale oggetto di prova?

7.1. Un argomento spesso ricorrente in giurisprudenza, e anche in dottrina, riguarda la configurabilità del dolo eventuale a seconda della **ragionevolezza del dubbio**, o della **ragionevolezza del rischio** che è stato corso (si vedrà se “accettato” con il relativo evento).

Senonché l'uomo (ir-)ragionevole (come anche il rischio irragionevole) è parametro della colpa, non del dolo. Nel dolo può valere come indizio, insieme a vari altri.

7.2. Allo stesso modo, anche i “**segnali di allarme**”, elaborati in ambito economico – e dunque in contesto di base lecito – dal processo sul **Banco Ambrosiano** in poi sino al **caso Bipop-Carire**, quelli che renderebbero palese a un garante o a un osservatore il verificarsi dell'offesa⁴⁴ senza un intervento impeditivo, non esprimono – contro una ricorrente valutazione giurisprudenziale – un dubbio qualificato (l'oggettivarsi di situazioni dubbie) che varrebbe *come* dolo, almeno finché di essi – ma soprattutto *dei fatti* da quelli indiziati – non si abbia una concreta **conoscenza** che attualizza un diverso coinvolgimento. La tesi della sufficienza della **conoscibilità** di detti *segnali* (segnali... di fatti), o della loro *colpevole sottostima*, è stata spesso sostenuta dalle Procure della Repubblica, ma riguardando **ipotesi di colpa**, e **non di dolo**, a ben vedere ha trovato anch'essa importanti smentite nei successivi gradi di giudizio orientati più a scandagliare i profili personalistici e motivazionali delle decisioni o delle omissioni.

Infatti, la ragionevolezza della condotta non va convertita da *standard* obiettivo della valutazione d'illiceità colposa o del “rischio agito” in espressione sociale “tipica”, come tale libera da prove contrarie (per questo “*in re ipsa*”), di una decisione volontaria/dolosa.

Siamo qui pur sempre in presenza di *tesi giurisprudenziali* che presentano un *valore argomentativo*: non hanno pretese “dogmatiche” (come del resto accade spesso nella prassi, che usa la *dogmatica* solo *come retorica*, quando non si sia persino convinti che la dogmatica sia solo retorica), ma servono per spiegare, in alcuni casi, perché vi sarebbe la prova del dolo, e non la colpa.

7.3. Il “**non poteva non sapere**”, in realtà, screditato come giudizio soggettivo, diventa processualmente sostenibile quando non è una persuasione intuitiva, ma l'esito di un rigoroso procedimento ricostruttivo d'indizi ancorati a massime di esperienza e “regole comportamentali” concretizzate: per es., per comprendere una decisione diventa rilevante un tracciato analitico di percorsi motivazionali ricostruiti secondo uno stile di condotta aziendale, o legati a un certo ambiente, alle regole comportamentali ferree di un determinato contesto, a una “sottocultura”, *etc.*⁴⁵. Ma questa prova è spesso difficile. Di qui la *tentazione* pragmatica di **allargare lo spazio**

⁴³V. *amplius infra*, § 19.

⁴⁴Sul **caso del Banco Ambrosiano** v. Cass., 22 aprile 1998, in *Cass. Pen.*, 1999, 651 ss., spec. 694 s., riferito alla “sistematica inerzia” del sindaco in presenza della percezione dei “segnali della cattiva gestione della banca” e della “rischiosità di numerose operazioni effettuate”: inerzia che “esprimeva una consapevole rinuncia all'esercizio dei propri doveri d'ufficio, accentuata dalla rappresentazione dei rischi che proprio in quel settore la Banca d'Italia aveva più volte prospettato”, con conseguente responsabilità per concorso omissivo in reati di false comunicazioni sociali, bancarotta fraudolenta documentale e patrimoniale. Contro un uso censurabile del paradigma dei “segnali di allarme”, nella prassi, cfr. Cass., sez. V, 4 maggio 2007-19 giugno 2007, n. 23838 (**caso Bipop-Carire**) e D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Società*, 2008, 902 ss., **Il caso Bipop-Carire**, riguardante l'imputazione di concorso mediante omissione (omesso controllo) contestato con dolo eventuale, da parte di amministratori senza poteri di delega, rispetto a reati societari ed economici commessi da amministratori delegati e in presenza di “segnali di allarme” degli illeciti di quelli, trova nella decisione della Cassazione un'importante distinzione di principio tra *conoscibilità* (del rischio o di indizi di illecito), propria della colpa, e *conoscenza*, propria del dolo. La vicenda è ora nuovamente commentata, in contesto più ampio, da D. PULITANÒ, *I confini del dolo*, cit., spec. 37 ss. Una esposizione critica anche in M. PIERDONATI, *Dolo e accertamento nelle fattispecie c.d. “pregnanti”*, Jovene, Napoli, 2012, 316 ss., 330 ss. Sui limiti all'uso del **dolo eventuale nei reati omissivi**, v. L. EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto*, cit., 982 s.

⁴⁵Istruttiva disamina in F. M. IACOVIELLO, *Processo di parti*, cit., 479 ss.: “provare il fatto (dolo) provando una regola”. Meno attenta alla prova soggettiva, invece, e più attestata su parametri sociali di tipo probabilistico-oggettivizzante, la successiva trattazione del dolo eventuale (*ivi*, 484 ss.). Il lettore “accademico” non deve farsi sedurre dal realismo del pratico, perché per ogni pratico iperrealista ce n'è uno, altrettanto pratico, ma più attento al bilanciamento delle posizioni processuali e al punto di vista del giudice: è sempre la logica di un pubblico accusatore – non ci fa velo l'amicizia in questo rilievo – quella che traluce dalle argomentazioni “scafate” di chi ci dice, in fondo, **che nel processo il dolo è colpa e la colpa è responsabilità oggettiva** (!). Del resto, in una buona parte di questi processi che vertono sul tema del dolo eventuale, il pubblico ministero non “perde” la causa se c'è colpa (a meno che sia intervenuta la prescrizione). E se la colpa non è punita, non spetta all'interprete colmare questa “lacuna”...Dobbiamo dunque tenere alta l'attenzione ai valori fondamentali della civiltà del diritto: quando un giudice

del dolo diretto (che però è da tutti “equiparato” a quello intenzionale, mentre il dolo indiretto no) **a ipotesi meno univoche**: oltre ai casi in cui nessuna persona sana di mente può eccipire di non aver o voluto, o messo in conto l’offesa (per es. pugnalata al cuore, o coltellate ripetute al basso ventre; esplosione di una bomba in zona frequentata da molti pedoni, defenestrazione di una persona dal terzo piano sull’asfalto, *etc.*) il comportamento può attivare rischi irragionevoli ma un po’ meno univoci, e rispetto ai quali se discutiamo dei casi qualunque teoria può essere sostenuta, ma le soluzioni potrebbero non dipendere da quella teoria, come nel classico *Ledriemenfall*, o **caso della cinghia di cuoio**, con soffocamento della vittima mediante una cinghia per farla svenire, ben sapendo che potrà risultare strangolata, in un’ipotesi “complicata” da un tentativo di salvataggio *in extremis*⁴⁶: come subito vedremo, **chi sostiene tesi oggettivistiche, spesso risolve casi in modo identico a chi sostiene tesi del dolo come volontà**. Le nuove argomentazioni, infatti, non sempre esprimono nuove politiche criminali, ma spesso diverse filosofie. A parte le doverose rassegne, qui ci occuperemo soprattutto delle posizioni che sembrano presentare diversità di impatto concreto. Cominciamo col vedere **“dove porta” la dogmatizzazione della teoria dei segnali di allarme**.

8.

Concezioni o declinazioni normativo-oggettivistiche del dolo eventuale (o del dolo in generale) nella dottrina straniera contemporanea

8.1. La *dottrina contemporanea*, in effetti, è andata *assai oltre* le letture tanto ovvie, e quasi triviali, dei casi or ora menzionati, per giungere a *definizioni o gestioni processuali del tutto oggettivistiche del dolo*, secondo prospettive sedicenti *dogmatiche*, e non solo argomentative. Definizioni per nulla moderne, come vedremo, che identificano una linea di tendenza per la quale si realizza nel dolo ciò che da molti decenni è avvenuto per la colpa: **un passaggio da concezioni psicologiche a concezioni normative**⁴⁷.

8.2. La più significativa di tali concezioni la si rinviene in un’opera assai compendiosa di un Autore latino-americano, Gabriel PÉREZ BARBERÁ, pubblicata nel 2011 con prefazione simpatizzante e ammirata di Claus ROXIN⁴⁸, che contiene anche la rassegna più completa del dibattito dottrinale tedesco e spagnolo degli ultimi decenni, una cui *nouvelle vague*, chiassosa quanto per ora minoritaria, si è più di recente orientata verso forme diverse di oggettivazione del dolo in generale, da Ingeborg PUPPE⁴⁹ a Günther JAKOBS⁵⁰ a Ramón RAGUÉS I VALLÈS⁵¹,

(o un interprete) ha l’ansia di non far perdere il processo all’accusa, perché l’accusa sta dalla parte dello Stato o delle vittime (fatto non sempre vero: lo Stato deve stare dalla parte del diritto e non viceversa), o perché ha paura di farsi “ingannare” dagli avvocati (ipotesi sempre possibile: ma chi si fa prendere da questo timore non dovrebbe fare il giudice), ha compiuto una scelta di campo che lo rende ormai parziale. Diversa è la posizione del pubblico accusatore. Ma questo sta nelle regole del gioco.

⁴⁶Nel famoso *Ledriemenfall*, o **caso della cinghia di cuoio**, i complici, due giovani legati da rapporto sentimentale, uno dei quali era già stato anche l’amante della vittima, un benestante assicuratore, che intendevano derubare, decisero una prima volta di non utilizzare questo strumento di neutralizzazione della vittima della rapina mediante iniziale soffocamento con la cinghia stretta al collo, perché troppo “pericoloso”. Infatti, conoscevano la vittima e non volevano ucciderla (pensando che comunque non li avrebbe denunciati). La notte del fatto avevano dormito presso di lui, uno nella stessa stanza e l’altro in un’altra camera. Il tentativo di tramortire la vittima fu effettuato quindi con un sacco di sabbia, ma fallì, in quanto la vittima si svegliò dal sonno, il sacco si ruppe, e i due aggressori, venuti alle mani con il rapinato, ricorsero proprio all’uso della cinghia di cuoio con due distinte operazioni di soffocamento, ma la cosa ebbe un esito letale, nonostante i successivi tentativi di rianimare la persona offesa. Il caso venne deciso nel 1955 dalla Cassazione tedesca con condanna per dolo eventuale (BGHSt 21, 369), ed è commentato nei maggiori manuali e studi tedeschi sul tema, tutti “colpiti” evidentemente dai complici più che maldestri, e dal loro tentativo di rianimare la vittima, che mette in crisi la valutazione di dolo eventuale, pur regolarmente affermata dai commentatori, con la eccezione di Karl Engisch, in una nota a sentenza al tempo della decisione della Cassazione tedesca.

⁴⁷Diffusamente su tale più recente evoluzione in tema di dolo, già segnalata nelle principali monografie italiane sul dolo o sul dolo eventuale (Eusebi, Canestrari, Cerquetti *etc.*) v. da ultimo K. GAEDE, *Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz? Problematik und Berechtigung der zunehmenden Tendenzen zur normativen Relativierung des Vorsatzerfordernisses*, in *ZStW*, 121, 2009, 239 ss.; G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. I, cit., 251 ss.; M.I. RAMOS TAPIA, *Die Entwicklung des Vorsatzbegriffs in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, *ZStW*, 2001, 401 ss. V. pure l’illustrazione dell’«ideologia» delle concezioni normative in R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., 275 ss.

⁴⁸G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011. V. pure, in sintesi, ID., *Vorsatz als Vorwurf. Zur Abkehr von der Idee des Vorsatzes als Geisteszustand*, in *G.A.*, 2013, 454 ss.

⁴⁹I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, cit., 1 ss., 31 ss., 41 s.. L’A. esige comunque un alto grado di rischio *per la prova* del dolo eventuale, ma sostiene che il dolo in genere suppone sempre una sorta di “pericolo di dolo” (*Vorsatzgefahr*) la cui elevata rischiosità lo renderebbe oggettivamente incompatibile con l’agire di una persona ragionevole che non volesse invece accogliere la possibilità dell’evento lesivo. In tal modo il dolo viene oggettivizzato in un giudizio normativo sulla scorta del parametro dell’inaccettabilità del rischio da parte di una persona

allo stesso Claus ROXIN⁵².

Giunto nel suo esito maturo tale indirizzo afferma chiaramente o che occorrerebbe abbandonare l'idea del dolo come "stato mentale", o che, recependo elementi conoscitivi (nei quali si compendiano i vecchi profili volontaristici), questi comunque sarebbero equiparati nella prassi all'accertamento di dati oggettivi, di rischio, dissolvendosi in essi. Tale indirizzo ha il pregio della chiarezza. Esso "serve" alla prassi e alla prevenzione generale. E' una teoria generale per pubblici ministeri oberati di ("altre"? quali?) indagini e per giudici spicci e scafati.

Per es., nell'opera di Ramón RAGUÉS I VALLÈS, quella in apparenza più garantista, più attenta al processo, è contenuta una presa d'atto della assoluta prevalenza nella prassi e anche nella teoria spagnola più recente, di una "concezione" del dolo come rappresentazione ("cognoscimento") in quanto la teoria del dolo come volontà conduce a condannare a titolo di fatti colposi comportamenti che il "sentimento sociale" avverte come dolosi⁵³. Chi ha affrontato consapevolmente certi rischi assurdi, ha "socialmente" accettato l'evento. E' un *dolus in re ipsa*, obiettivato nel fatto. Tuttavia, si muove dall'esigenza di evitare strumentalizzazioni del singolo nell'accertamento processuale dei dati probatori che consentono di attingere alla conoscenza dei profili di lesività tali che, in loro presenza, la decisione di agire significa socialmente un comportamento doloso. Il dolo rimane quindi un concetto normativo, il cui contenuto stesso è un fatto normativo che "tiene luogo" di un fatto psichico di per sé non accertabile e dipende da una valutazione sociale inequivoca ("*inequívoco sentido social*") del comportamento esterno e delle circostanze che lo accompagnano⁵⁴. L'Autore distingue tra condotte "specialmente idonee" a cagionare un evento e condotte che sono "neutre". In presenza delle prime, le allegazioni dell'accusato di non aver voluto o compreso la pericolosità della condotta non dovrebbero essere credute. Tra le condotte specialmente idonee ricorrono vari esempi di dolo diretto (per es. fare esplodere una bomba in luogo pieno di persone, buttare un bambino dal settimo piano, accoltellare più volte al ventre il rapinato), ma anche ipotesi meno evidenti di dolo diretto, dove è il sentimento sociale che "tiene luogo" della verifica soggettiva eventualmente contraria.

Nel caso della cintura di cuoio (*Lederriemenfall: supra*, § 7.3), l'A. ammette serenamente che gli autori della rapina non avevano piena contezza della reale pericolosità del soffocamento, in quanto avevano interesse a che la persona sopravvivesse (sapevano che non li avrebbe denunciati), mentre non avevano interesse a ucciderla (le indagini li avrebbero messi a rischio di esser scoperti). Nondimeno, trattandosi di condotta "particolarmente idonea" all'evento, il suo significato sociale fa sì che "la conoscenza di tale attitudine lesiva debba essere imputata" al di là della realtà psicologica del soggetto⁵⁵.

Senonché, non può essere il "sentimento sociale" a decidere il caso, che potrebbe anche essere stato un caso di preterintenzione. Il sentimento sociale è del tutto irrazionale e mutevole nel valutare i rischi inaccettabili di fronte a condotte irragionevoli alla guida, nei rapporti a rischio tra *partners*, nella gestione della sicurezza del lavoro *etc.*: basta una campagna di stampa e muta tutta la giurisprudenza. Che cosa sia un'azione "specialmente idonea" rimane chiaro al "sentimento sociale" solo a fronte di casi persuasivi di dolo diretto. Si assiste in queste *formulazioni teoriche, per quanto gestite in modo garantista nella maggior parte degli esempi*, a una riedizione moderna del rapporto tra *dolus indeterminatus* e *dolus directus*: quanto più il comportamento è diretto a, o pericoloso per, un certo risultato, tanto meno si potrà dare peso al soggetto che eccipisca di non avere voluto l'evento. Il problema è che in quel modo si arriva già a "tipizzare", e comunque a riconoscere, situazioni dove il dolo (eventuale) è scolpito nei fatti, *in rebus ipsis*, **pur ammettendo che non si tratta di dolo diretto**, dove invece l'evento è

ragionevole. L'A. esige però che il soggetto si sia rappresentato il rischio doloso che attiva, anche se non l'ha ben compreso come pericolo doloso. Id., *Vorsatz und Zurechnung*, Decker & Müller, 2002, 35 ss.; Id., in *Nomos Kommentar*², cit., § 15/80 ss.

⁵⁰G. JAKOBS, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, in *ZStW*, 114, 2002, spec. 588 ss.; Id., *Strafrecht*, AT², de Gruyter, Berlin, New York, 1991, 8/22 ss. V. *infra*, nota 63.

⁵¹R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, 25-186; Id., *Consideraciones sobre la prueba del dolo*, in *Revista de estudios de la justicia*, n. 4/2004, 13 ss.

⁵²In particolare C. ROXIN, *Über den "dolus eventualis"*, in *Studi M. Romano*, vol. II, Jovene, Napoli, 2011, 1201 ss. e nella prefazione al citato libro di Pérez Barberá. V. *infra* in merito.

⁵³R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., 165 ss., 455 ss.

⁵⁴*Ibidem*, 191 ss., 323 ss., 331.

⁵⁵*Ibidem*, 477. L'A., d'altro canto, rifiuta (coerentemente) la tripartizione del dolo in dolo intenzionale o diretto di primo grado, dolo diretto di secondo grado (diretto) e dolo eventuale, sostenendo che sul terreno del rischio le differenze sarebbero impalpabili, diafane, una volta ammesso che non si può esigere una piena certezza per il dolo diretto di secondo grado, e allora si entrerebbe subito nella probabilità, che dalla

invece praticamente certo (soggettivamente o oggettivamente) che consegnerà alla condotta⁵⁶, e dunque allargando le presunzioni del dolo diretto **senza possibilità di prova contraria**.

8.3. Nell'opera di Ingeborg PUPPE, e di altri Autori che ne seguono il tracciato, si costruisce chiaramente, del pari, una concezione intellettuale del dolo, ma senza un'approfondita analisi processuale degli aspetti indiziari della prova della rappresentazione socialmente rilevante⁵⁷. L'attenzione ai casi paradigmaticamente più indiziati è comunque assorbente e muove da **una premessa apparentemente "garantista"**: la teoria del dolo tradizionale, che impone indagini negli "interna" degli imputati, è processualmente inaffidabile e sconfinata nel diritto penale dell'atteggiamento interiore (*Gesinnungsstrafrecht*)⁵⁸. Occorre dunque un parametro sociale e non individuale. Il dolo, qui, suppone sempre una sorta di "pericolo doloso" (*Vorsatzgefahr*) la cui elevata rischiosità lo renderebbe *oggettivamente* incompatibile con l'agire di una persona ragionevole che non volesse invece accogliere la possibilità dell'evento lesivo⁵⁹. Il criterio pare molto selettivo, dovendo rivelare il dolo anche se non si esige la pericolosità del dolo diretto. È interessante l'esistenza di un filtro di tipo oggettivo, che spiega appunto che il dolo eventuale è ancora un elemento "del fatto", e non un ingresso immediato e senza ritorno nelle vertigini "indeterminate" (*dolus indeterminatus*) della psiche⁶⁰.

Va detto peraltro che la formulazione del dolo eventuale offerta da PUPPE tiene sì conto dell'esigenza che il soggetto si sia realmente rappresentato un "rischio doloso", ma non che l'abbia valutato correttamente: "Il comportamento dell'autore è espressione della sua decisione per l'evento, quando il pericolo per il bene giuridico, che egli produce consapevolmente (o che suppone di produrre), è di tale quantità e qualità, che **una persona ragionevole** lo potrebbe assumere solo sotto la massima che l'evento lesivo dovrà verificarsi o quantomeno potrà anche verificarsi"⁶¹.

Rivalutando espressamente la teoria del *dolus indirectus* di CARPZOV, si possono così costruire esempi paradigmatici senza scendere a interrogarsi sulla motivazione.

Un esempio di **dolo oggettivo**: chi mette grappa mescolata con sonniferi nel thermos del compagno cacciatore appostato in una gelida notte su una altana per la caccia nella foresta, e lo abbandona lì al suo destino, commette secondo Puppe una azione omicida, a prescindere dal fatto che lo voglia uccidere, o voglia soltanto passare la notte con la sua donna⁶². Qui diviene irrilevante la stessa intenzione, contando solo il rischio. Soluzione

possibilità si distingue in termini solo quantitativi (*ivi*, 177 ss., 183).

⁵⁶Il **dolo diretto** ricorre nel caso in cui il soggetto non realizza un'offesa tipica figurandosela come scopo, perché ha altri obiettivi, ma si rappresenta – almeno con **probabilità confinante con la certezza** – che quel risultato, comunque, sarà una *conseguenza sicura* della sua azione, oppure che si tratta di un *mezzo necessario* per attuare il suo obiettivo. Basta, peraltro, la certezza soggettiva: la condotta non deve produrre un evento che fosse già *anche oggettivamente* sicuro *ex ante*. Se era oggettivamente dubbio, ma il soggetto lo riteneva certo, il suo dolo rimane diretto (*contra*, peraltro, L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 53). E se sperava che l'evento oggettivamente certo, miracolosamente non si verificasse, questo sentimento non elimina il dolo. Chi volontariamente butta giù dal quinto piano un agente che sta per arrestarlo, non si può scusare dicendo: non volevo che morisse! Né può dirlo l'imprenditore che commercializza sostanze alimentari adulterate che sicuramente produrranno patologie (solo) su alcune tipologie di soggetti deboli, malati, bambini *etc.*, pur mirando solo al profitto e non a pregiudicare la salute pubblica. Il dolo è dunque diretto *quando l'evento lesivo è rappresentato come conseguenza certa o mezzo necessario della condotta, finalizzata ad altri scopi*. Questa forma di dolo è *di regola equiparata, negli effetti giuridici*, a quella del dolo intenzionale. **In termini di struttura** se ne distingue, però, per la diversità dello scopo (il soggetto ha uno scopo ulteriore e distinto), e per il grado di probabilità della lesione prodotta, che deve essere confinante con la certezza, a differenza che nel *dolo intenzionale* dove sono rilevanti anche gli atti che si prefiggono uno scopo *soltanto possibile*. Il riferimento a una "probabilità confinante con la certezza", nel dolo diretto, riguarda gli *aspetti probatori del dolo*, e dipende dal fatto che una certezza assoluta spesso non è possibile raggiungerla nelle vicende umane, delle quali non sono misurabili i gradi di probabilità. La probabilità confinante con la certezza attiene però all'aspetto **soggettivo** del dolo: occorre accertare che il soggetto era pressoché sicuro dell'evento, perché **in caso di mera probabilità** (e in assenza di intenzione), può ricorrere la diversa forma del **dolo eventuale**, che però richiede ulteriori requisiti di volontà assenti nel dolo diretto, *oppure* può ricorrere **la colpa con previsione**. Trattandosi poi di prova dell'elemento psicologico, nel dolo diretto **non basta dimostrare che l'evento fosse solo oggettivamente certo, e da qui "presumere" il dolo come certezza soggettiva**. Occorrono indizi ulteriori per trarre quella conclusione: le presunzioni di dolo, infatti, sono illegittime.

⁵⁷I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, cit., 1 ss.; *Id.*, *Nomos Kommentar zum StGB*², Nomos, Baden-Baden, 2005, § 15/88 ss.; analogamente, P. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999. V. pure ancora, su tale *trend* della letteratura spagnola, M.I. RAMOS TAPIA, *Die Entwicklung des Vorsatzbegriffs in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, cit., 401 ss.

⁵⁸I. PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Decker & Müller, Heidelberg, 2002, 36, 44, citando SAUER, *Grudfragen des Strafrechts*, 1921, 623 ss., H. Mayer, Grossmann e altri.

⁵⁹Così I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, cit., 1 ss., 31 ss., 41 s., che esige comunque un alto grado di rischio *per la prova* del dolo eventuale; *Id.*, *Vorsatz und Zurechnung*, cit., 35 ss.; *Id.*, in *Nomos Kommentar*², cit., § 15/80 ss.

⁶⁰V. sempre I. PUPPE, in *Nomos Kommentar*², cit., § 15/84.

⁶¹I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt*, cit., 41.

⁶²I. PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, cit., 43.

già improbabile, senza precisare le condizioni dell'abbigliamento del compagno, per es., quanto allo stesso dolo eventuale, ma l'assenza di analisi motivazionale la rende una forma di dolo oggettivo.

Un esempio di **dolo eventuale oggettivo**: nel caso del violentatore che soffoca la vittima durante il coito con un fazzoletto per stordirla e rendere l'operazione più agevole, e poi rimane sconvolto dalla sua morte, o nel caso dei rapinatori che lasciano la vittima tramortita sul ciglio di un fiume, dove questa poi cade e, abbandonandola al suo destino mentre la vedono scivolare in acqua – così pensando: saprà nuotare, non serve soccorrerla – la ricostruzione della colpa appare esclusa in termini di gravità sociale del pericolo, non dovendosi prestare attenzione alle “irreali speranze” soggettive, né privilegiare “espressioni della più profonda indifferenza” all'altrui integrità⁶³.

Chiara la soluzione normativistica, perché il tipo di rischio già definisce il dolo, e ciò avviene a livello di rappresentazione: purché il soggetto si sia rappresentato quel rischio anche mal valutandolo, e pur non essendo il pericolo del dolo diretto. Il dolo come volontà è qui di fatto abbandonato. Appagarsi del rischio, peraltro, o della sua rappresentazione, significa anche avere smarrito una distinzione più umanistica con la colpa, dove si affrontano spesso rischi irragionevoli (v. *infra*): se il dolo è imputazione, anche la colpa lo è. L'errore sul rischio è dolo o colpa a seconda della gravità valutata da una persona ragionevole. Tutto dunque è imputazione e nulla più c'è di soggettivo sul loro confine. Come ne “L'eccezione e la regola” di Brecht, “nel sistema che hanno costruito l'essere umani è un'eccezione. Perciò chi si dimostra umano ne paga lo scotto”.

8.4. Di diversa coloritura, solo in parte più oggettivistico-presuntiva, anche la posizione di JAKOBS⁶⁴, nell'evoluzione più recente degli scritti⁶⁵. Come anche in PUPPE, un rilievo dominante assume in questa ricostruzione l'esistenza di pericoli inaccettabili, a fronte dei quali esistono soggetti che assumono di non averli visti o valorizzati nel mentre li realizzavano. Più decisivo diventa però in questo Autore il profilo della fedeltà all'ordinamento e dell'«indifferenza giuridica». È il tema della *Tatsachenblindheit*, della *cecità fattuale*. JAKOBS ritiene che la cecità fattuale, l'incapacità di vedere l'intollerabile pericolosità di un atto, sia rivelatrice di “indifferenza” e dunque trattabile *normativamente* come dolo indiretto/eventuale. Basta qui il significato obiettivo-normativo e sociale del fatto, anche se il soggetto non se lo fosse veramente rappresentato, tanto che si valorizza di nuovo la vecchia dottrina carpzoviana del *dolus indirectus*, assumendo che non fosse una mera prosecuzione della logica del *versari*. Però, in questa nuova lettura, non è più decisivo neppure il momento fattuale del dolo, e la stessa distinzione colpa/dolo non si gioca sul terreno della tipicità, ma su quello di colpevolezza, che è declinata in termini di fedeltà-osservanza-attenzione ai valori. Esattamente la mancata rappresentazione-comprensione del significato lesivo del fatto e dunque della sua stessa pericolosità, sarebbe rivelatrice di un'indifferenza che è espressione di distacco dai valori dell'ordinamento “tipica” del fatto-autore doloso. Ecco qui una concezione paradigmatica ancora psicologizzante di forme di *dolus indirectus*, attenta alla colpevolezza, sì, ma mediata da una valutazione d'autore e della sua motivazione antiggiuridica, più che da una ricostruzione del momento rappresentativo-cognitivo reale del singolo fatto.

8.5. Pure negli scritti più recenti di Claus ROXIN⁶⁶ si registra una evoluzione in chiave sempre più normativista⁶⁷. Mentre *sul piano degli esempi* si trovano varie soluzioni che pos-

⁶³I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt*, cit., 12 s. Soluzione implicita per questi due casi.

⁶⁴G. JAKOBS, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, cit., 588 ss.; ID., *Strafrecht*, AT², cit., 8/22 ss. L'A. ritiene in dolo eventuale il soggetto che agisce rappresentandosi come non improbabile l'evento (JAKOBS, *Strafrecht*, AT², cit., § 8/22 ss.), e tuttavia non è un esponente delle teorie probabilistico-oggettivistiche (come viene talora descritto), in quanto si richiama al soggetto individuale, non a figure-modello o normativizzate, ed esclude chiaramente, dopo lo scritto citato del 2002, giudizi puramente cognitivo-intellettuali, che non tengano conto della motivazione, della abitudine del soggetto al rischio o della sua indifferenza, e nella evoluzione più recente accentua proprio l'aspetto di fedeltà all'ordinamento, di adesione ai suoi valori e di indifferenza e essi quale tratto d'autore decisivo per la soluzione del tema del dolo rispetto alla colpa (ID., *Strafrecht*, AT², cit., § 8/25; ID., *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, cit., 584 ss.).

⁶⁵Sulla posizione più psicologizzante rispetto al tema della conoscenza attuale del fatto e del pericolo, e della evitabilità individuale della condotta, prima del citato scritto del 2002, v. G. JAKOBS, *Strafrecht*, AT², cit., 8/23 ss. e la dettagliatissima analisi di G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 400 ss.

⁶⁶C. ROXIN, *Über den “dolus eventualis”*, in *Studi M. Romano*, vol. II, Jovene, Napoli, 2011, 1201 ss.

⁶⁷Evoluzione già evidente in ID., *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, in *Fest. Rudolphi*, Luchterhand,

sono apparire persuasive nella scelta tra dolo eventuale e colpa cosciente anche secondo una lettura attenta al momento volontaristico del dolo (come era negli scritti di ROXIN degli anni Sessanta del secolo passato e come è nel *Lehrbuch* sino all'edizione del 2004), in quanto si mira a verificare (al di là degli enunciati teorici ora seguiti) ciò che il soggetto ha effettivamente accolto nella sua decisione soggettiva, *sul terreno della formulazione teorica* va registrato un passaggio decisivo verso una **concezione oggettivistico-giudiziale del dolo eventuale**: il dolo eventuale, infatti, è ormai ritenuto **non già un “fatto psichico”, ma “un giudizio di valore”** pronunciato dal giudice su un comportamento esterno. **“Il dolo non si forma nella testa dell'autore della condotta, ma nella testa del giudice”**⁶⁸. Ciò sarebbe imposto dallo scopo del diritto penale, che è quello di tutelare beni giuridici e che non può fondare la distinzione dolo/colpa sulla verifica di stati interiori, ma sul significato sociale delle decisioni⁶⁹.

8.6. Siamo, dunque, in pieno *normativismo*, e non sono più molti coloro che si ricordano di Hans Kelsen, dei suoi *Hauptprobleme*, dove è contenuta la concezione più pura e radicale del dolo, della colpa e della colpevolezza come un mero atto d'imputazione (*Zurechnung*)⁷⁰. Siamo anche in pieno *oggettivismo*, perché il dolo viene equiparato alla colpa sul piano della struttura ricostruttiva generalizzante, impersonale: se entrambe le loro strutture sono oggettivo-normative, sarà davvero difficile tenerle distinte. Come distinguere “esteriormente” dolo e colpa in un reato di pericolo che tipizza la violazione di cautele nella descrizione della fattispecie?

E' in tale contesto che si registra la ripresa esplicita di concezioni del dolo come imputazione. Prima in Joachim HRUSCHKA⁷¹, e poi, a tutto campo, in Gabriel PÉREZ BARBERÁ⁷², le difficoltà di accertamento del dolo vengono superate trasformando l'oggetto della prova in un concetto paradigmatico, declinato per tipologie giudiziali di fatti dolosi.

Nell'opera enciclopedica di PÉREZ BARBERÁ, come anticipato, è contenuto l'attacco più forte all'idea che il dolo eventuale (e il dolo in genere) sia un fatto da accertare, «come se» fosse uno stato mentale. Premesso che il diritto penale non protegge beni giuridici, ma è un “veicolo di consenso comunicativo”⁷³, ormai non esiste più un “oggetto” del dolo (il fatto lesivo che l'ordinamento intende impedire e la cui rappresentazione e volizione da parte dell'autore si devono provare), ma un “concetto-oggetto”⁷⁴ che discende da un “metaconcetto” del dolo basato su una teoria della probabilità⁷⁵, perché manca una dialettica esterno/interno, in quanto c'è solo un dolo “oggettivato”, un suo paradigma normativo-sociale che “tipizza” alcune casistiche come dolose⁷⁶: i fatti dolosi sono quelli dove c'è un rimprovero “maggiore” dovuto a un maggiore grado di prevedibilità del fatto *ex ante*. La distinzione tra dolo e colpa è puramente quantitativa, *plus-minus*, come nella classica lettura della contravvenzione....⁷⁷. Vero che esi-

Neuwied, 2004, 243 ss.

⁶⁸C. ROXIN, Über den “dolos eventualis”, cit., spec. 1214 s., oltrepassando il “normativismo volitivo” ancora professato qualche anno prima in Id., *Zur Normativierung des dolus eventualis*, cit., 253 ss. nel differenziarsi dal “normativismo cognitivo” di Puppe (e qui un tracciato della sua evoluzione dal più conosciuto scritto di impostazione volontarista del 1964: C. ROXIN, *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, in *Jur. Schulung*, 1964, 53 ss.). Questa idea di una colpevolezza “nella testa del giudice”, come è noto, era ciò che un famoso giudizio di E. KOHLRAUSCH applicava alla colpevolezza in generale: come un *quid* (distinto da dolo e colpa come fatti psichici), un giudizio normativo di disvalore o di attribuzione di rimproverabilità soggettiva, che sta nella testa del giudice più che del soggetto agente. In questo senso, se si volesse dire che l'elemento decisivo del dolo eventuale è appunto la colpevolezza, la motivazione ad agire, più che la rappresentazione o la volontà obiettivata nella condotta, potremmo essere d'accordo (v. *infra*, § 16). Ma non perché la motivazione stia “nella testa del giudice”, bensì perché la motivazione è un tratto reale, ma proprio della colpevolezza e normalmente non del dolo (v. la distinzione tra dolo e motivi). Nel dolo eventuale, però, un'analisi motivazionale diventa decisiva, a differenza che nel dolo in genere, come chiarito oltre nel testo. Per una critica a quest'ultima evoluzione del pensiero di Roxin, v. pure L. EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto*, cit., 979. A prescindere da queste più recenti evoluzioni “alla moda”, la trattazione del dolo eventuale contenuta in C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, cit., § 12/21-88 è la più bella e completa a livello manualistico.

⁶⁹C. ROXIN, Über den “dolos eventualis”, cit., 1207 s.

⁷⁰H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Aufl., 1923, Neudruck, Scientia, Aalen, 1984, 97 ss., 133 ss., 143 ss. e spec. 148 ss., dove si critica la nozione di volontà in Zitellmann, dimostrando che essa coincide giuridicamente con l'imputazione e non con un fatto psichico.

⁷¹H.J. HRUSCHKA, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, in *Fest. Kleinknecht*, Beck, München 1985, 191 ss.

⁷²G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 129 ss., 635 ss., 724 ss. e *passim*.

⁷³G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 129 ss.

⁷⁴G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 637 ss., 675 ss.

⁷⁵G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 691 ss.

⁷⁶*Op. ult. cit.*, 635 ss., e forse ancor più chiaramente, Id., *Vorsatz als Vorwurf*, cit., 459 ss.

⁷⁷Sul significato della tipicità soggettiva e sulla diversa tipicità soggettiva nel delitto e nella contravvenzione, nel nostro ordinamento, si consente il rinvio a M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 313 ss. e 249 ss.

stono “fatti psichici” che si possono provare⁷⁸; falso, invece, che il dolo sia uno di essi, essendo piuttosto un giudizio di ascrizione normativa a fatti caratterizzati da una “tipica” probabilità dell’evento.

In questo pragmatismo “*praxisorientiert*”, il fatto tipico del reato doloso è veramente solo un *objektiver Tatbestand* che già esprime il rimprovero di *colpevolezza*. Illecito e *colpevolezza* sono dunque mescolati, ma attraverso un fatto-valore che cancella l’analisi del reato classica. Non ci sono più l’oggettivo e poi il soggettivo e poi gli indici di *colpevolezza*: possibilità di conoscere il divieto, di conoscere l’illecito, di farsi motivare dalle norme *etc.* Tutte queste categorie sono già *troppo analitiche*, mentre il dolo “non descrive, e non spiega, ma esprime un giudizio” di rimprovero⁷⁹.

Ecco che, in tal modo, nel **caso della cinghia di cuoio** (*Lederriemensfall*)⁸⁰, non importa neppure che l’autore dello strangolamento finalizzato a fare svenire la vittima non si sia rappresentato o non abbia “accettato” la morte come conseguenza indiretta possibile-probabile: questa speranza-ignoranza-sottovalutazione è così “irrazionale” che ciò che il soggetto ha voluto/previsto appare irrilevante⁸¹. Viceversa, nel caso di un **medico che opera un paziente con intervento ad alto rischio** [si suppone col consenso] e **non approvato secondo le vigenti *leges artis***, con esito infausto, la soluzione cambia a seconda della “razionalità” della sua persuasione: se ritiene che non succederà nulla perché confida sulla base di precedenti operazioni pericolose eseguite con successo, ci sarà colpa; se invece confida in Dio e prega perché tutto vada bene, ci sarà dolo eventuale in ragione della irrazionalità della sua decisione, anche a parità di rischio oggettivo⁸².

La soluzione di molti esempi appare però del tutto ragionevole, ma si potrebbe adottare la stessa soluzione con qualunque teoria del dolo eventuale....Importa allora il significato concettuale ma anche culturale delle tesi sostenute. Cancellati gli *interna* dalle nuove tipologie paradigmatiche, il giudicante è libero da verifiche incerte e anche da “presunzioni” di dolo come elemento psicologico⁸³. Mai era successo che il *dolus in re ipsa* si presentasse così impudicamente quale prodotto del garantismo: onde evitare ambigue, pericolose e inarrivabili discese negli *interna* del soggetto, si preferisce decostruire il soggettivo in “classi di fatti tipici dolosi”. Non essendoci il “passaggio” dell’esterno all’interno, ma solo un esterno tipico, manca la stessa presunzione. Chi tipizza quelle forme paradigmatiche, più esattamente, sarà il giudice-interprete, che così si libera di scomodi accertamenti. Già lo fa, nella prassi, ma in questo modo gli si prepara la strada per liberarsi dalla finzione di credere che stia accertando una dimensione soggettiva. Sarà lui stesso a tipizzare il “fatto soggettivo” che integra la fattispecie astratta⁸⁴.

8.7. Nel prosieguo del nostro studioosterremo **una tesi esattamente opposta soprattutto per il dolo eventuale**: mentre nel dolo in genere (che resta comunque *azione dolosa* e *colpevolezza dolosa*, in ogni caso) si può ancora identificare un elemento soggettivo tipico (corrispondente all’atto di uccidere in modo diretto e univoco, per es.) che prescindendo dai motivi e dalla *colpevolezza*, nel dolo eventuale ciò non è praticamente possibile. E una valutazione dei motivi, per quanto normativa sia, non dissolve un fatto in una tipologia concettuale, rimandando sempre a qualcosa che almeno occorre supporre sia accaduto nel processo decisionale del soggetto. Né tali motivi si possono “descrivere nel fatto” dell’imputazione, in quello oggettivo o in quello soggettivo, costituendo invece la sua *prova*. Ecco perché prova interna e fatto psichico esteriorizzato, interessando *già* l’illecito (elemento oggettivo e soggettivo tipici) e *non solo* la *colpevolezza* (ragioni e motivazioni per agire e per esigere normativamente una diversa condotta), rappresentano qui *una peculiarità* rispetto alla prova del dolo in generale (*infra*, § 16).

⁷⁸G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 721-724.

⁷⁹G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 678.

⁸⁰*Supra*, nota 46, caso qui lievemente modificato dall’A. Questo caso (quello originario, storico) apre e illumina la sintesi successiva della sua opera esposta in ID., *Vorsatz als Vorwurf*, cit., 454.

⁸¹G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 782, e qui, alle pp. 775-790, una ventina di altri casi paradigmatici esemplificativi.

⁸²*Ibidem*, 776 s.

⁸³G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 741 s., criticando la diversa tesi “presuntivo-inferenziale” di RAGUÉS I VALLÈS.

⁸⁴G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 745 ss.

9.

Incostituzionalità delle concezioni oggettivistiche del dolo. Specificità “motivazionale” del *dolus eventualis* tra pericolo doloso e dolo di pericolo

9.1. A fronte di queste letture s'impone una considerazione preliminare di garanzia. Ogni concezione puramente rappresentativa del *dolo come rischio*⁸⁵ o del *pericolo doloso* (*Vorsatzgefahr*)⁸⁶, e ancor più del dolo come mera valutazione giudiziale su un comportamento socialmente “paradigmatico”, per quanto modellata su “intollerabili” tipologie di condotte affette da “cecità fattuale” (*Tatsachenblindheit*), nel nostro ordinamento contrasta con l'art. 43 c.p., il quale segue una chiara definizione del dolo come “rappresentazione (previsione) e volontà”. C'è dunque **un limite di diritto positivo, nel nostro sistema, ad accogliere simili indirizzi.**

9.2. Ma anche pensando di poter superare questo dato in nome del “realismo del processo”, in prospettiva di eventuale riforma, esistono **limiti logici e anche costituzionali insuperabili.**

Sul piano logico, dato che il **rischio è elemento oggettivo** ed esiste la forma della colpa con previsione dell'evento e non solo del rischio (che lo precede), **ogni elemento oggettivo pericoloso**, purché non sia finalizzato all'offesa, ma rimanga indirettamente lesivo, è *a fortiori* **compatibile con la colpa**. Non lo è la certezza dell'evento propria del dolo diretto: che però, per definizione, non è dolo eventuale, o indiretto.

Perciò, il **“dolo oggettivo nel rischio”**, o indica un dolo diretto – ma allora l'evento è pressoché certo – oppure esprime solo un indizio di dolo, o un limite di garanzia sotto il quale non si ammette che vi sia dolo rilevante, oppure costituisce una forma di presunzione di colpevolezza (*dolus in re ipsa*).

E qui si incontra il *limite costituzionale* dovuto al **contrasto con l'art. 27, co. 1 e 2, Cost.**⁸⁷, dove la personalità della responsabilità penale (**divieto di responsabilità “oggettiva”**) e la presunzione di innocenza (**divieto di presunzioni anche di colpevolezza**) pongono sbarramenti che esigono una strutturazione della prova, nel processo, compatibile con quei divieti. Se il dolo è insito nel fatto, in “fatti paradigmatici”, la responsabilità è oggettiva e viene “saltato” *d'emblée* un livello di imputazione.

9.3. Se pure è impossibile avere del dolo una nozione che non sia in qualche misura normativa, ciò che costituisce un limite insuperabile a ogni psicologismo nel diritto, nondimeno essa richiede nel dolo eventuale – ma non nel dolo in generale! – accertamenti concretizzati e individualizzati riguardanti scopi e moventi. Al **dolo in genere** può bastare una verifica del *fine*, anziché del *movente*, come è noto. Ma **nel dolo eventuale** questa separazione diventa problematica e di regola non percorribile.

Tale acquisizione avvalorata peraltro l'idea che il dolo eventuale non sia una mera “specie” di dolo – quasi che esistesse una definizione di genere unitaria e logico-naturalistica –, ma piuttosto una “forma” di dolo o di colpevolezza dolosa.

9.4. Un'altra acquisizione di comune recepimento, è che il **dolo di pericolo**, a sua volta, **non coincide col dolo eventuale**, esattamente perché il dolo eventuale non significa l'identificazione del dolo con un livello di rischio, mentre il dolo di pericolo – che si riferisce a reati di pericolo e non di lesione – è il riflesso soggettivo esattamente di un livello di rischio accettato e voluto,

⁸⁵Solo apparentemente si può ascrivere a tale indirizzo la posizione di W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983, 74 ss., 94 ss., 118 ss., 229 ss., 300 ss., che espunge dall'oggetto del dolo l'evento e la causalità, in quanto si accertano *ex post*, mentre oggetto del dolo sarebbe solo il “rischio” della lesione, accertabile *ex ante*. L'A. non smarrisce però la volontà, ma la colloca nell'azione, anziché nel dolo (*ivi*, 264 s.: esattamente come faceva Frank, esponente della teoria della rappresentazione, nel 1890!), però il dolo, anche quello eventuale, rimane “decisione contro il bene giuridico” (*ivi*, 229 ss., 300 ss.), sì che a fronte di una rappresentazione di un rischio non più consentito si esige che vi sia pur sempre una decisione contro il bene mediante una condotta volontaria in tal senso, non una mera rappresentazione del rischio (lo stesso dicasi della formula di Frank, come si è visto). Cfr. sul punto quanto osservato già in M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 233 ss., 349 nt. 82, e in senso analogo C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, cit., § 12/58-61.

⁸⁶Per una critica all'oggettivizzazione del dolo in questa prospettiva v. soprattutto C. PRITZWITZ, *Risikoversatz und Vorsatzgefahr. Zum Verständnis und zur strafrechtlichen Relevanz des Verdrängens*, in *Fest. Puppe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, 819 ss., oltre a ROXIN, *Zur Normativierung des dolus*, cit., 243 ss., che censura soprattutto l'unilateralità della riduzione degli indicatori del dolo – da utilizzarsi invece nella loro totalità – al solo aspetto dell'entità del rischio.

⁸⁷V. anche i rilievi di M. PIERDONATI, *Dolo e accertamento*, cit., 183 ss.

senza per questo volere (necessariamente) l'evento lesivo, che rimane eccentrico al fatto⁸⁸. E' dunque *possibile*, ma anche *realistico*, volere un fatto pericoloso, talora anche molto pericoloso in concreto, e tuttavia non volere, né accettare le conseguenze che da quel fatto si possono verificare (si dovrà rendere plausibile la ricostruzione di un simile atteggiamento del volere).

Questa è la ragione per la quale **vari delitti dolosi di pericolo a vittima indeterminata (di comune pericolo)** sono previsti come delitti **aggravati dall'evento** in caso del verificarsi del danno. E l'evento aggravante, in queste ipotesi, non è voluto, perché in caso di dolo trovano applicazione le normali fattispecie dolose contro beni individuali, in concorso con i reati-base di pericolo contro beni non individuali⁸⁹.

10. Stato di dubbio e dolo eventuale. La svolta segnata da Cass., SS.UU., 26 novembre 2009, n. 12433

10.1. Un'acquisizione tra le più recenti in giurisprudenza, raggiunta dalle Sezioni Unite in tema di scelta tra fattispecie dal disvalore fortemente divergente, ma "contigue", cioè la contravvenzione di incauto acquisto (art. 712 c.p.) e il delitto di ricettazione (art. 648 c.p.), è **l'idea che il dubbio sia compatibile con la colpa con previsione** e che esso perciò non significhi, automaticamente, dolo eventuale⁹⁰.

Questo *principio di diritto*, che il massimario ufficiale non ha inteso recepire, ma che è contenuto nella sentenza al punto da costituirne una premessa epistemologica di fondo – una *ratio decidendi*, **non un obiter dictum** –, è parimenti *di grande importanza e innovatività rispetto al passato*.

Esso contiene *il vero superamento della tesi che ravvisa nell'evento un mero oggetto di rappresentazione, anziché di volontà*, recuperando così lo stesso dolo eventuale a un'analisi motivazionale del volere⁹¹.

Questa tesi, della *compatibilità del dubbio con la colpa cosciente*, che da tempo abbiamo caldeggiato insieme a una corrente dottrinale forse in passato minoritaria⁹², sostiene senza mezzi termini che la differenza tra dolo e colpa avviene sul piano della volontà e non della rappresentazione, mentre l'identificazione del dubbio col dolo eventuale significa, invece, adottare una nozione essenzialmente rappresentativa (o al limite per schemi oggettivo-paradigmatici) del dolo.

Il tema è decisivo e meriterebbe un approfondimento *ad hoc*.

10.2. **L'opinione tradizionale qui criticata**, che identifica dubbio e dolo eventuale, in realtà, al di là del fatto che i suoi sostenitori ne siano consapevoli, **implica una doppia definizione del dolo**: quello intenzionale e diretto come volontà, e quello indiretto-eventuale come rischio,

⁸⁸Sul **dolo di pericolo**, basti qui rinviare, anche per i richiami storico-comparati, a M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 337 ss. nota; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 231 ss.; M. MASUCCI, "Fatto" e "valore" nella definizione del dolo, Giappichelli, Torino, 2004 204 ss., 213 ss.

⁸⁹Ciò è stato erroneamente contestato, di recente, in relazione al caso Eternit (e ai delitti di cui agli artt. 437 cpv. e 434 cpv., c.p., interpretati nella forma aggravata come ipotesi *dolose*), dal Tribunale di Torino, nella sentenza Trib. Torino, 13 febbraio 2012, 496 ss. Per alcuni rilievi critici più generali sulla decisione si consenta il rinvio a M. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica. Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 63 s., 87.

⁹⁰Così le SS.UU., 26 novembre 2009, n. 12433, Nocera, in *Cass. Pen.*, 2010, 2548 ss. L'argomento decisivo è dato dalla considerazione che se si acquista una cosa di sospetta provenienza, ma lo si fa ad ogni costo, disposti all'acquisto anche se vi fosse certezza sull'origine delittuosa della cosa, non si potrebbe qualificare il fatto come un mero incauto acquisto, ma come ricettazione. Si noti che nella fattispecie le Sezioni Unite affermano questa tesi in relazione a una tipologia di casi ancor più problematica come quella dei *presupposti del reato* (lo stesso varrebbe per gli elementi normativi del fatto), dove il soggetto può contare ben poco sulla sua "abilità" nell'impedire un evento futuro, dato che quegli elementi riguardano un dato preesistente alla sua condotta. Sulla sentenza ritorneremo *infra*, § 17.3. Per una diversa lettura del rapporto tra "dolo del passato" (elementi normativi, presupposti della condotta) e dolo del futuro (evento), cfr. D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*², Giappichelli, Torino, 2013, 126 ss.

⁹¹Siamo molto distanti rispetto alle posizioni di Marcello GALLO, già ricordate. La recente ricostruzione della formula di Frank da parte di G. GENTILE, "Se io avessi previsto tutto questo...", cit., spec. 3 ss., attesta che essa fu elaborata esattamente per individuare un criterio distintivo tra il dubbio colposo e quello doloso.

⁹²Sulla compatibilità della colpa cosciente col dubbio cfr. A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, cit., 351 s.; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 28 s., 49 ss.; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 82 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 336 s.; G. CERQUETTI, voce *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento ****, Tomo II – L-Z, Utet, 2008, 1010; Id., *Il dolo*, cit., 613 s.; in pratica anche D. PULITANO, *Diritto penale*, parte gen.³, cit., 340 s., 373. *Contra*, nel senso che il dubbio sarebbe già dolo eventuale, M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, cit., 220-222; e sostanzialmente già G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 433 ss., 449; F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Priulla, Palermo, 1947, 129; e pure F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte gen.¹⁶, Giuffrè, Milano, 2003, 352-355 (e nelle precedenti ed.).

risolvendo quest'ultimo in una sorta di incostituzionale *dolus in re ipsa*.

Infatti, **applicare "automaticamente" il dolo eventuale in caso di dubbio** (rischio percepito e intellettualmente non risolto) **significa escludere un accertamento motivazionale**, per accontentarsi di uno schema presuntivo paradigmatico, che si ferma al livello del "fatto", senza approfondire quello della "colpevolezza". Ciò, del resto, *contrastava con l'esperienza psicologica della rimozione del rischio*, e soprattutto dell'evento, dalla sfera delle possibilità rispetto ai casi nei quali il soggetto è veramente *mindful*, cioè attivo nel riportare alla mente con consapevolezza la loro presenza⁹³. Se il dubbio escludesse sempre la colpa, tale dubbio, per non avvantaggiare le persone soggettivamente troppo certe, o svantaggiare quelle incerte (che dubitano più di altre), dovrebbe essere oggettivizzato in una soglia di rischio-standard, intollerabile e appunto "doloso", che così diventerebbe una forma di *dolus in re ipsa*. Onde evitare simile esito, e quindi non far dipendere il dolo eventuale dal pessimismo del soggetto agente⁹⁴, ma neppure da una valutazione solo obiettiva, è necessario ricondurre il dubbio a una condizione ancora neutra (o non conclusiva) sotto il profilo della volontà: a risolvere la questione non sarà la rappresentazione di un rischio, né la decisione nel dubbio irrisolto, ma **il tipo di adesione al dubbio e all'evento** che si sia fatto proprio: **agendo** "a costo di", "in conformità a" quello che risultava seriamente probabile, **assecondando** il piano dell'illecito. Non ci interessa se il soggetto è ottimista o pessimista, non ci interessa la sfera emotiva, se non per comprendere ciò che egli ha veramente deciso.

E se fondatamente non lo possiamo accertare, il dubbio gli gioverà, ma non gli gioverà ad evitare livelli di sanzione adeguati alla colpa grave.

10.3. Diventa perciò **dirimente**, a questo punto, **l'analisi del profilo motivazionale della decisione**.

A chi non piace questa soluzione⁹⁵ (accuse di psicologismo, di diritto penale d'autore o della *Gesinnung*...) si schiudono **due strade non certo soddisfacenti**: a) *de lege ferenda*, le porte di *terze e quarte forme di elemento soggettivo*, dove il *punctum dolens* della distinzione dolo/colpa non viene in questo modo risolto, perché la *terze forme*, quando non riproducono al loro interno il medesimo problema (per es. *recklessness* di tipo oggettivo o soggettivo), sono *frammentarie*, come i casi dei nostri delitti aggravati, e rimarrà sempre l'esigenza di un criterio generale dove esse non operano; b) *de lege lata*, rimane la necessità di privilegiare *posizioni oggettivistico-presuntive*, comunque le si ammanti nella ricostruzione teorica. Così, se ci si ferma al dubbio come sinonimo di dolo eventuale, situazione paradigmatica di uno stato soggettivo non meramente indiziato, ma provato, si dà per scontato che vi sia stata una decisione, ma questo esito è l'effetto di *una presunzione giuridica*: chi decide dubitando (s'ipotizza) "accetta il rischio" (*et similia*). *Sed contra*: chi agisce dubitando, a volte rimuove o agisce in condizioni di comprovata irrazionalità motivazionale.

Neppure **il malvivente che forza consapevolmente il posto di blocco** "sperando" soltanto che l'agente si sposti, ha deciso *necessariamente* che potrà investirlo, "costi quel che costi". E' molto probabile che sia così – come tipologia generica, è un "classico" del dolo eventuale⁹⁶ –,

⁹³Sul problema dell'affidamento a fattori irrazionali circa il non verificarsi dell'evento, che attesterebbero indifferenza all'evento, cfr. M. MA-SUCCI, "Fatto" e "valore" nella definizione del dolo, Giappichelli, Torino, 2004, 81-89, il quale, peraltro, esige nella colpa con previsione un agente razionale (normativizzando così troppo il rapporto dolo/colpa) che dimostri di avere confidato plausibilmente nel non verificarsi dell'evento (cfr. anche sul dolo eventuale in generale *ivi*, 397 ss.: ma più significative, per la posizione dell'A., le citate pp. 81 ss.).

⁹⁴Per questo argomento del pessimismo cfr. F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, cit., 488 s. e nella letteratura portoghese, J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, parte geral, tomo I^o, Coimbra ed., Coimbra, 2012, § 13/44 (p. 372).

⁹⁵Per alcune forti riserve in una parte della letteratura v. *infra*, nota 180.

⁹⁶Nel diritto inglese, per es., esso viene fatto rientrare nell'ipotesi di "malice", sufficiente per il *murder*, anche se non c'è vera "intention". La *malice*, infatti, è atta a ricomprendere anche l'accettazione dell'evento probabile, cioè la *recklessness* di tipo soggettivo: in termini, sul caso specifico (con forzatura del posto di blocco ad ogni costo), G. WILLIAMS, *The Mental Element in Crime*, At the Magnes Press - The Hebrew University, Jerusalem, 1965, 53 s., che sostiene la rilevanza come *murder*, ma ammette che, non essendo certo che il poliziotto non si sarebbe spostato, e non essendo ciò desiderato, non può parlarsi neppure di intenzione condizionale (conditional intention) ma solo di *recklessness*, che in questo caso viene comunque "attratta" nell'ipotesi di *murder*, anziché in quella meno grave di *manslaughter* (a favore di una possibile applicazione del *manslaughter* al caso J.C. SMITH, *Intention in Criminal Law*, in *Current Legal Problems* 1974, vol. 27, Stevens & Sons, London, 1974, 116-121). L'attrazione della *recklessness* nella *malice* richiesta per il *murder* è comunque affermata ancora oggi: nel diritto inglese, p.t. A.P. SIMESTER, G.R. SULLIVAN, *Criminal Law*², Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2003, 335, R. CARD, in CARD, CROSS AND JONES, *Criminal Law*¹⁹, Oxford University Press, Oxford, 2010, 261 s.; C.M.V. CLARKSON, H.M. KEATING, *Criminal Law: Text and Materials*, Sweet & Maxwell, London, 2003, 631 ss., 644 ss.. Per l'attrazione dell'omicidio con *gross recklessness* nel *murder* o nell'omicidio di secondo grado nel diritto americano, v. soltanto M. D. DUBBER, M.G. KELMAN, *American Criminal Law: Cases, Statutes and Comments*, Foundation Press, Thomson, New York, 2009, 807 ss., 825 ss., 884 ss.

ma solo l'analisi del *caso concreto* potrà comprovare questa decisione, ovvero, in qualche ipotesi, renderla comunque dubbia⁹⁷.

10.4. In breve. **Non esistono “casi tipici di dolo eventuale” senza l'analisi motivazionale del soggetto**, se non i “casi facili” del dolo diretto, oppure, quanto al profilo colposo, le condotte “alla Guglielmo Tell”, o del lanciatore di coltelli, che peraltro sono facili esattamente perché suppongono già piena chiarezza sul profilo motivazionale del soggetto, e infatti sono casi di colpa con previsione.

D'altro canto, **l'interpretazione tradizionale della colpa cosciente** come sicuro convincimento positivo, contiene una *lettura intellettualistica della colpa* con previsione, la quale suppone un soggetto che, in modo veramente *mindful*, si persuade che l'evento non si verificherà. Ma questo atteggiamento, **oltre a contrastare con l'art. 61, n. 3, c.p.**, il quale esige che ci sia davvero la previsione dell'evento, è spesso distante dall'opacità di un agire superficiale, affrettato o sconsiderato, dove al dubbio sul futuro non si accompagna un convincimento lucido, ma soltanto un comportamento irragionevole.

Occorre dunque esigere, anche *per ragioni di garanzia*, una piena *mindfulness* in capo a chi agisce con dolo eventuale, e non già, necessariamente, in chi agisce per colpa, dato che la colpa contiene sempre una qualche forma di errore sulla causalità, sui presupposti intellettuali o sulla realizzazione fattuale della condotta (errore-motivo o errore esecutivo) che indiziano il dato davvero decisivo che essa è sempre non volizione dell'illecito⁹⁸. Chi vuol sperare in un miracolo a fronte di un rischio inaffrontabile da una persona ragionevole dovrà dunque rispondere “automaticamente” per dolo solo in caso di dolo diretto.

Ciò che di per sé conduce a restringere le ipotesi di applicazione dell'istituto del dolo eventuale, in quanto una situazione probatoria autentica e non presuntiva che approdi all'accertamento di quella attenzione consapevole esige un quadro processuale non sempre facile a reperirsi. **L'esito politico-criminale e garantista della ricostruzione prospettata conduce in effetti ad accrescere di fatto le ipotesi di colpa grave o con previsione dell'evento, rispetto ai casi di dolo eventuale.**

PARTE SECONDA. L'ILLECITO TIPICO DEL FATTO COMMESSE CON DOLO EVENTUALE.

11. I limiti del sistema classico (oggettivo-soggettivo) nella gestione del dolo

11.1. Si può ora approfondire perché **il rischio doloso esiste solo nel dolo diretto**, laddove in caso di condotta indirettamente orientata all'evento parlare di rischio doloso può valere **come limite di garanzia probatoria**. In queste costellazioni di casi, infatti, l'idea di un rischio doloso **da un lato costituisce una barriera garantista** contro accertamenti dubbi sugli stati soggettivi (che non sono ammessi “sotto” una certa soglia di rischio), ma **dall'altro è una porta**

⁹⁷Secondo C. ROXIN, *Über den dolus eventualis*, cit., 1210, si tratterebbe, invece, di un caso di colpa con previsione, essendo “normale” che l'investitore faccia affidamento sul fatto che l'agente di polizia si sposterà. Ma l'A. (che si riferisce a un'ipotesi di tentato omicidio, ammesso in Germania con il dolo eventuale, in un caso nel quale l'agente si è effettivamente spostato) ragiona sempre per paradigmi generali, senza esigere una compiuta analisi motivazionale: tutti i casi discussi vengono risolti dicendo che si tiene conto del complesso della situazione, ma non ci si compromette veramente con i motivi o con casi davvero circostanziati. Per questo, alla fine, l'A. conoscerà un'evoluzione normativo-paradigmatica rispetto a precedenti premesse (*retro*, § 8): la *costruzione* (e quindi la *soluzione*) dei casi mira quindi sempre al significato *sociale* della volontà (comunque non della sola pericolosità) dell'atto.

⁹⁸Sui profili di errore (di rappresentazione e/o di esecuzione) insiti nella condotta colposa, sia consentito il rinvio a M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, § 6.2., e AA. ivi cit. Un ruolo saliente per la ricostruzione della colpa con previsione rispetto al dolo eventuale viene assegnato all'errore sulla causalità nell'importante studio di G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 142 ss., dove prevalgono pur sempre gli accenti che riguardano gli aspetti rappresentativi. V. pure, con accentuazione dei profili di *concretezza della rappresentazione* nel dolo eventuale, ID., *Il mistero del dolo eventuale*, cit., 1974 ss. Questo non deve, peraltro, fare concludere che se l'errore non c'è, perché residua **il dubbio**, vi sia dolo eventuale. Come chiarito nel testo, la colpa può consistere anche in un atteggiamento rimozionale, e in un errore di esecuzione, in quanto il suo “specifico” non risiede in un tratto rappresentativo, ma volitivo. Sulla tematica della “rimozione” (“*Verdrängen*”) v. ora C. PRITZWITZ, *Risikvorsatz und Vorsatzgefahr*, cit., 824 ss., e già ID., *Strafrecht und Risiko*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1993, 320 ss., 352 ss.

aperta al *dolus in re ipsa*.

Infatti, anche chi parla di rischio doloso nel dolo eventuale, se non segue nozioni oggettivistiche-presuntive del dolo, identificandolo con un coefficiente rappresentativo (PUPPE)⁹⁹, o ricollega tale rischio a una decisione contro il bene giuridico (FRISCH)¹⁰⁰, ammettendo un livello volitivo già presente a livello della condotta, ovvero lo circoscrive a un primo livello probatorio, al quale segue un secondo *step* probatorio che attiene al momento volitivo (CANESTRARI)¹⁰¹, ammettendo che la parola decisiva è data dall'analisi successiva della volontà, della colpevolezza *etc.* Quindi, possiamo anticipare che se l'impostazione non è presuntivo-normativa, e se non siamo in presenza di vero dolo diretto, una fattispecie con dolo eventuale non esige un rischio "doloso", ma semmai un rischio rilevante, tipico, indiziante l'illecito con dolo eventuale, peraltro sorretto da qualcosa di soggettivo che, se manca, è *ancora compatibile con un atteggiamento sorretto da colpa*.

11.2. Vediamo prima il **versante negativo del livello di rischio necessario per il dolo eventuale**, sia perché garantistico e sia perché *in bonam partem*, **richiesto da alcuni indirizzi** da ultimo menzionati nei quali possiamo sicuramente riconoscerli, ma solo una volta reinterpretati nel senso che diremo.

Del dolo in generale, e di quello eventuale in specie, sarebbe possibile accogliere una *nozione solo soggettivistica*, che è quella *tradizionale*, millenaria direi, recepita nell'art. 43 c.p.: il dolo sarebbe solo un fatto psichico, mentre l'elemento oggettivo sarebbe neutro, indifferente a dolo o colpa e proprio per tale ragione risulterebbe realizzabile indifferentemente con qualsiasi elemento soggettivo. È la concezione del c.d. sistema classico, imperante almeno sino alla "svolta" del finalismo di Hans WELZEL¹⁰².

Premesso che **il sistema classico**, con la sua distinzione oggettivo (esterno)-soggettivo (psichico), è tuttora insuperato nella capacità di analisi, che rimane valida, anche se con raggio esplicativo più ridotto e ridimensionato, anche dopo la valorizzazione dei tratti modali di dolo e colpa, anche dopo la presa d'atto del dolo e della colpa come "azione", va pure detto che tale sistema, *non solo* nel campo specifico del dolo eventuale, non è adeguatamente esplicativo della (di *tutta* la) realtà giuridica in termini descrittivo-conoscitivi, e non è sufficientemente garantista, apparendo per tali ragioni oggi un paradigma superato nella sua valenza esplicativa generale.

11.3. Infatti, sotto il secondo aspetto, una nozione solo soggettiva del dolo (per restare ora a questo profilo) sembra facilitare una vera personalizzazione dell'indagine psicologica, ma nella realtà ciò non accade, perché dà carta bianca al giudice nel pervenire a giudizi non adeguatamente filtrati da elementi obiettivi gravi e verificabili, indizianti il dolo. Per ragioni di garanzia probatoria, in effetti, è **preferibile un'impostazione di tipo scalare o bifasico, ovvero mista**, che esige sia una prova a livello oggettivo e sia una verifica di tipo soggettivo: sia per l'elemento soggettivo in generale, e sia per il dolo eventuale.

⁹⁹ *Supra*, § 8.3.

¹⁰⁰ *Supra*, nota 84.

¹⁰¹ *Supra*, § 5.2. e *infra*, § 14.4-14.7.

¹⁰² Ampiamente, sul rapporto di inerenza dell'elemento soggettivo (doloso e colposo) al fatto tipico (aspetto obiettivo della condotta), in ordine cronologico, M. GALLO, *La teoria dell'«azione finalistica» nella più recente letteratura tedesca* (1950), ristampa Milano, 1967, 16-37; D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Jovene, Napoli, 1955, 118 ss. e *passim*; ID., *Interpretazione e dottrina nella dottrina del dolo*, Napoli 1961, poi in ID., *Scritti di diritto penale*, Wolters & Kluwer, Milano, 1996, 110 ss., 117 ss.; A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Priulla, Palermo, 1957, 79 ss.; ID., *Il fatto di reato*, cit., 1960, 257 ss., 295 ss., 418 ss.; A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*², Jovene, Napoli, 1963, 73 ss.; C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata in diritto penale*, Jovene, Napoli, 1966, 112 ss.; E. MORSELLI, *Coscienza e volontà nella teoria del dolo*, in *Arch. Pen.*, 1966, I, 406 ss., e in molti altri contributi sul dolo sino a ID., *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Cedam, Padova, 1989, 4 ss., 48 ss.; G. MARINUCCI, *Il reato come «azione». Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971, 153 ss.; M. GALLO/P. SEVERINO, voce *Antigiuridicità penale*, in *Enc. giur.*, II, Istituto Treccani, Roma, 1988, 5-6; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1987, 311 ss., 326 ss., 340 ss., 360 ss., 420 ss.; G.V. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico», Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza: dottrina e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, S. 107, 107 ss., 123 ss., 126 ss.; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 2-19, 119-210, 211-229, 285-288, 319 s., 340-350, 353-361, 477-481, 548 ss.; ID., *Il delitto contravvenzionale*, cit., 314 ss.; ID., *Teoria del reato*, cit., 74 ss., 96 ss., 164 ss., 272 ss., 279 ss., 312 ss., 333 ss.; U. PIOLETTI, *Fattispecie soggettiva e colpevolezza nel delitto colposo. Linee di un'analisi dogmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 538 ss.; G. VASALLI, voce *Tipicità* (diritto penale), in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, 537 s.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Esi, Napoli, 1992, 124 ss.; F. GIUNTA, *Illecità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, Padova, 1993, 339 ss.; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 7; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, PG, 3 ed., Zanichelli, Bologna, 1995, 166 s., 183, 305 s., 485 ss. (e nelle ed. successive); M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Cedam, Padova, 1996, 8 ss., 147 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Parte gen.³ Giappichelli, Torino, 2008, 204 ss., 214 ss., 355 ss. (e nelle succ. ed.); S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 275-281; A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto*

11.4. Sotto il primo aspetto, quello descrittivo-conoscitivo, esistono *i tratti dolosi* della condotta: frode, violenza, dolo specifico *etc.* Come pure esistono *i tratti colposi* della condotta: inosservanza di cautele, generiche e specifiche. Il dolo e la colpa *come* «azione».

In entrambi i casi, però, non si tratta mai di *dolus* o di *culpa in re ipsa*. Quei tratti si provano *insieme* al dolo e alla colpa *come* «elemento soggettivo». Solo l'elemento oggettivo classico, neutro, lo si può provare *prima* dell'elemento soggettivo e a prescindere da esso, ma in una concezione moderna, dove la condotta è contrassegnata da dolo e colpa (e non è mera forza causante), se manca l'elemento soggettivo corrispondente, i tratti «dolosi» saranno *solo* induzione in errore o costrizione, ma non frode o violenza; oppure quelli «colposi» saranno rischio, e non negligenza o imprudenza.

Essendo *più persuasiva una concezione mista, oggettivo-soggettiva*, essa è quella verso la quale si sono indirizzati, per una definizione del dolo eventuale, *i più recenti progetti di riforma del codice penale (infra, § 18)*.

12. Profili esterni del dolo in genere, disposizioni e indicatori, tra illecito e colpevolezza.

12.1. Come ha scritto un famoso giudice della Corte Suprema americana, Oliver Wendell HOLMES Jr. (1841-1935), «persino un cane distingue tra l'essere colpito da una persona che gli inciampa sopra e l'essere preso a calci»¹⁰³.

Non c'è dunque bisogno di scomodare gli ultimi cinquant'anni di raffinato dibattito dottrinale tedesco sulla «doppia posizione del dolo» per recepire una verità così evidente: **il dolo** (ma pure la colpa) **rileva** sia come componente soggettiva e psicologica, e sia come tratto modale e comportamentale della **condotta tipica**. E' quindi *parte del fatto tipico*: l'omicidio doloso presenta un fatto tipico (oggettivo-soggettivo) *diverso* dall'omicidio colposo. Tuttavia, esso rileva anche come **colpevolezza**: è sempre più grave, ma anche più colpevole, «farlo apposta», anziché compiere l'atto illecito «involontariamente»: almeno così è in diritto penale, la cui offesa risente del coefficiente soggettivo causante, a differenza del danno civile, in quanto nel «danno penale» (nell'offesa) la diversità soggettiva ha un disvalore e una percezione sociale differente. Questa differenza di gravità sociale dell'atto (e del «fatto») è anche una differenza di colpevolezza *qualora il soggetto* che agisce volontariamente, anziché per sbaglio, *sia comunque imputabile, capace di intendere e di volere, di comprendere il significato anche antiggiuridico del fatto, e qualora non abbia scusanti*. **Se** ci sono tutte queste **ulteriori premesse**, egli (e comunque il fatto commesso) è non solo colpevole, ma più colpevole in caso di condotta dolosa¹⁰⁴.

Si può dunque affermare che il dolo ha una «**doppia posizione**» **sistemica**, che indizia una maggiore gravità del fatto (illecito) e della colpevolezza, rispetto alla corrispondente rea-

penale, a cura di Grosso, Padovani, Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2007, 85 ss.; A. NAPPI, *Guida al codice penale*, Parte gen.², Giuffrè, Milano, 2008, 165 ss.; G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, cit., 115 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I² Giappichelli, Torino, 2012, 426 ss., 441 ss., 575 ss.

Ancor più dominante, nella letteratura italiana degli ultimi trent'anni, l'adesione a una lettura della colpa come tipicità (anziché solo come elemento psicologico o colpevolezza), oltre che come colpevolezza: oltre a M. GALLO, *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 637, riferimenti in M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I³, Giuffrè, Milano, 2004, Art. 43/69 ss., 101 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990, 132 ss., 149 ss., 237 ss., 294 ss., 305 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 133 ss., 150 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 74 ss., 334 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, 511 ss., 541 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, Giappichelli, Torino, 2011, 19 ss., 148 ss., 195 ss.; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Giappichelli, Torino, 2012, 298 ss.

¹⁰³O.W. HOLMES, *The Common Law*, Macmillan & Co., London, 1882, 3.

¹⁰⁴Muovendosi ancora nel solco del sistema classico, nel senso che la condotta, **in assenza d'imputabilità** *etc.*, non sarebbe neppure veramente dolosa, v. per tutti F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Giuffrè, Milano, 1961, 56 ss., 107 ss. (che riteneva anche inapplicabile al non imputabile l'art. 5 c.p., riguardando esso il diritto penale della responsabilità). Con diversa argomentazione, sull'incapacità di «dolo» del non imputabile, M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di diritto penale*, dir. Grosso, Padovani, Pagliaro, tomo I, Giuffrè, Milano, 2009, 52 ss. Su dolo e imputabilità v. quindi, per una diversa sistematica che distingue tra dolo e colpevolezza (dolosa), E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, Padova, 1979, 364 ss.; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 28 ss.; e la sintesi di G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, cit., 383 ss., con altri richiami. Oggi che l'art. 5 c.p. è stato trasformato dalla C. cost. (sent. 364/1988) in *ipotesi scusante*, è più agevole riconoscere che esista un «*dolo non ancora colpevole*», che è tipico di chi compie un fatto di reato in una situazione di ignoranza inevitabile (scusabile) della sua illiceità penale; e che tale scusante si possa applicare anche ai soggetti non imputabili; così come è pacificamente riconosciuta **nella prassi** l'esistenza di un **dolo** (non colpevole, naturale, mera intenzionalità, mero proposito *etc.*) **dell'incapace**. La scusante dell'art. 5 c.p. esime da responsabilità se c'è dolo, altrimenti non servirebbe invocarla. V. in dottrina, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 492 ss., 505; A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 102.

lizzazione colposa¹⁰⁵.

12.2. Questo non significa, peraltro, che il fatto tipico doloso sia una realtà solo obiettiva esterna e che ci sia già un fatto “oggettivamente doloso” nelle modalità dell’azione, a prescindere dal versante psicologico interno, né che chi vuole un evento lesivo sia solo per questo “colpevole”.

Se non c’è il dolo come fatto psichico, le modalità esterne degradano a colpa, a rischio, o a qualcos’altro, e certo non sono più “frode”, “inganno”, violenza e quant’altro. Manca, qui, un elemento originario di tipicità soggettiva. Se, invece, chi ha “voluto il fatto” è un bambino di 8 anni o un infermo psichico, anche in tal caso viene meno il dolo-colpevolezza che è alla base di quel disvalore espresso nelle cornici di pena sopra richiamate, residuando soltanto un dolo-azione. Manca qui non la tipicità soggettiva, ma la colpevolezza.

12.3. L’esistenza di una **condotta esteriormente dolosa**, pertanto, è la **conseguenza del dolo interno, non la sua prova oggettivata**. La *prova del dolo* è sempre in tensione verso un dato interno, che è all’origine di tutto il fatto, e dunque necessita di *diversi* indizi, oggi per lo più denominati indicatori¹⁰⁶. Quindi quella prova è tanto più persuasiva quanto più numerosi sono gli indizi o indicatori disponibili¹⁰⁷, e le teorie che si concentrano solo su alcuni di essi – per es. solo sul rischio o solo sul movente o solo sulla decisione o solo sulla rappresentazione *etc.* – appaiono parziali e insoddisfacenti. Anche se gli elementi psichici non si possono “osservare” e dunque “provare” in modo diretto, mentre si possono provare le *disposizioni* che li rivelano e li manifestano, non è che questi “fenomeni” non abbiano dietro di sé una realtà reale, “noumenica” almeno ipotetica. Non stiamo qui a rinnovare la disputa sugli universali, tra realisti e nominalisti, postkantiani, neoempiristi, analitici, antimetafisici *etc.* Il fatto è che se mancano quegli indizi o quella prova, siamo *giuridicamente* autorizzati a concludere che è il dato interno che non c’è, non già, semplicemente, che manca la sua manifestazione, il concetto disposizionale. Chi afferma dunque che il dolo non si prova, perché si prova la disposizione, non è autorizzato a concludere che il dolo si imputa, e che esso coincide con i suoi indicatori¹⁰⁸, perché da questa sua posizione filosofica non discende un dolo presunto nel fatto che si “blocca” a una serie di indicatori quali dimostrazione immediata di sé stessi. Che la disposizione sia *ratio cognoscendi* o *essendi* del dolo è questione che può rimanere irrisolta, ma non lo è la trasformazione degli indizi in un significato simbolico a sé stante di un dolo obiettivo. Questo sarebbe in contrasto con il principio di colpevolezza (*supra*, § 9), che esige sempre la prova di un collegamento effettivo tra lo schema normativo (dolo, colpa, condotta *etc.*) e la realtà “ascritta a dolo” (o colpa *etc.*). Ciò si traduce, di solito, nella richiesta di prova di un elemento soggettivo apparentemente reale.

12.4. **A noi non importa che qui si accolga una concezione davvero realista in senso psicologico di dolo e colpa**: decisivo è che non si provi un mero schema presuntivo che “tiene luogo” di un dato di realtà, sia essa una realtà psichica o una situazione che la concretizza attraverso elementi personali e particolari, anziché secondo giudizi di ragionevolezza, tol-

¹⁰⁵V. gli AA. cit. *supra*, nota 102.

¹⁰⁶Cfr. W. HASSEMER, *Kennzeichen des Vorsatzes*, in *Gedächtnisschrift Arm. Kaufmann*, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, 289 ss., 305 ss. (anche in trad. it. *Caratteristiche del dolo*, in *Indice pen.*, 1991, 481 ss.). V. pure sulla prova dei fatti psichici, AA.V.v., *La prova dei fatti psichici*, a cura di G. DE FRANCESCO, PIEMONTESE, VENAFRO, Giappichelli, Torino, 2010; P. ASTORINA, *Verità e problemi d’imputazione soggettiva nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, spec. 962 ss. Sul dolo in particolare, G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, 149 ss., 435 ss. e *passim*.

¹⁰⁷C. MYLONOPOULOS, *Vorsatz als Dispositionsbegriff*, in *Fest. W. Frisch*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, 349 ss., 362, che pure tende a fare coincidere il dolo stesso con i suoi indicatori.

¹⁰⁸*Contra*, peraltro, W. HASSEMER, *Kennzeichen des Vorsatzes*, cit., 304: “gli indicatori non si possono separare dal concetto del dolo, perché sono solo essi a renderlo applicabile: gli appartengono”, e sul punto, a ragione, la critica di G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 599 (pur nel quadro di una concezione che ritiene che i fatti psichici siano sì disposizioni, ma non il dolo in quanto sarebbe solo un concetto normativo). V. pure la raffinata discussione, al riguardo, sui “concetti disposizionali” presente nella lettura della loro duplice funzione, sia sostanziale e sia probatorio-processuale (c.d. modello a due livelli o “zwei-Stufen-Modell”), in K. VOLK, *I rapporti fra il concetto e la prova degli elementi soggettivi*, dattiloscritto presentato all’Associazione F. Bricola, 2000), poi in lingua ted. VOLK, *Begriff und Beweis subjektiver Merkmale*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Beck, München, 2000, 742 ss. (anche in lingua spagnola *Concepto y prueba de los elementos subjetivos*, in *Rev. peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, n. 2/2002, 411 ss.). La tesi è esposta con precisione anche da G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, cit., 34 ss. La più ampia introduzione al tema dei concetti disposizionali in ambito penalistico, comunque, rimane quella di C. MYLONOPOULOS, *Komparativbegriffe und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 1998, 77 ss., 154 ss.

lerabilità, insensatezza *etc.* Per questo il *dolus in re ipsa*, **se non ammette prova contraria**, viola la presunzione di innocenza di cui all'art. 27, co. 2, Cost., la quale esige che la condanna (definitiva) sia fondata su una prova non presunta della colpevolezza personale, che consente sempre una prova contraria possibile rispetto a quella della sussistenza di un fatto indiziante¹⁰⁹. Esattamente per questo sono utilizzabili tutti gli indizi-indicatori, e non uno solo (rischio, rappresentazione, decisione, *animus*, consenso, prove controfattuali *etc.*)

13. Il carattere oggettivo del rischio concreto del verificarsi dell'evento o dell'offesa

13.1. Nel dolo eventuale occorre stabilire **se il rischio** dell'evento o dell'offesa debba sussistere **oggettivamente**. E' pacifico che l'evento debba essere almeno *possibile*. Anche se l'*opinione tradizionale* si accontenta della *mera possibilità*¹¹⁰, si tratta di un **requisito molto aleatorio e poco selettivo**. Quasi tutto è possibile: anche chi accompagna un bambino ai giardinetti sul triciclo sa che è *possibile* che quello investa un'altra persona e le faccia male, a meno che non lo sorvegli in ogni secondo. Anche chi invia un sms dal cellulare mentre è alla guida, sa che è *possibile* che da quella distrazione di una manciata di secondi si origini un sinistro. Se però, malauguratamente e *contro ogni concreta previsione*, dovesse succedere quell'incidente, non si potrà dire che la *baby-sitter* ha omesso di sorvegliare "accettando il rischio" dell'evento solo perché stava parlando con un altro genitore o con un'amica, o che il conducente dell'auto ha agito al prezzo di ferire o di uccidere terzi.

13.2. Per tale motivo risulta preferibile esigere in via interpretativa che si tratti di **una significativa probabilità**, e quindi di un **rischio oggettivamente molto serio**¹¹¹. In presenza di un rischio rilevante ci potrà ancora essere soltanto colpa (grave), ma solo allora si potrà cominciare a discutere anche di possibile dolo (eventuale), che tuttavia suppone anch'esso, in realtà **ancor più della colpa cosciente** (*supra*, § 10.4), **una concreta previsione dell'evento, e anzi l'assenza di errore nella sua previsione, che invece nella colpa c'è sempre**. Anche in caso di previsione dubbiosa e superficiale, chi è in colpa valuta erroneamente o affronta erroneamente le *chances* di salvare il bene.

13.3. Una selezione di questo tipo fa del dolo eventuale, a livello di illecito, una modalità dove è presente una *selezione oggettiva* del rischio rilevante, ma **non** una *concezione oggettiva* del dolo.

14. Ulteriori proposte di selezioni oggettive del dolo eventuale, consistenza garantista e limiti dell'idea di un "rischio doloso"

14.1. Questo tipo di selezione oggettiva appare peraltro **ancora insufficiente** per capire che il rischio del dolo eventuale non è un rischio qualsiasi, che **non si tratta neppure soltanto di un mero livello quantitativo di rischio**¹¹². Non è questione di "gradi" di rischio, spesso neppure misurabili. Ipotizzando che potrebbe trattarsi di una **differenza qualitativa del rischio**, c'è chi ha proposto di illustrare *sempre in termini oggettivi* l'esigenza di un'ulteriore selezione che

¹⁰⁹Oltre all'opera fondamentale di F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960, spec. 29 ss., 34 ss., cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, 138 ss.

¹¹⁰Per tutti, nel senso della possibilità o della concreta possibilità: M. GALLO voce *Dolo*, cit., 792; F. ANTOLISEI, *Manuale*, PG¹⁶, cit., 354; M. ROMANO, *Commentario*, vol. I³, cit., Art. 43/21; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, PG⁷, Cedam, Padova, 2011, 312; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, PG⁶, Zanichelli, Bologna, 2010, 368; T. PADOVANI, *Diritto penale*, PG¹⁰, Giuffrè, Milano, 2012, 206. Per la giurisprudenza, cfr. R. BLAIOTTA, *Art. 43*, cit., 346 ss.; A. MADEO, *Il dolo nella concezione caleidoscopica della giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 836 ss.

¹¹¹G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, PG⁴, Giuffrè, Milano, 2012, 299 ("seriamente possibile"; "ciò che l'agente deve accettare è proprio l'evento"); S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 35; M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank*, cit., 2576 ("livelli di rischio obiettivamente importanti, significativi"); G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, cit., 142 ("seria possibilità"). V. pure D. PULITANO, *I confini del dolo*, cit., 32 s.; F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti*, cit., 503.

¹¹²Sottolinea esattamente il dato, pur giungendo a diverse conclusioni, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 33 ss., 197 ss.

spieghi il fenomeno del dolo eventuale, per distinguerlo da forme colpose di sconsideratezza e temerarietà.

14.2. Un'*impostazione* che risale ai sostenitori della *teoria finalistica dell'azione*, orientata a distinguere l'agire doloso da quello colposo sul piano della condotta (o del fatto tipico), ha cercato di valorizzare un contrassegno esterno come quello di una **operosa volontà impeditiva**, la cui presenza dimostrerebbe la **non volontà dell'evento** (colpa, quindi), ma la cui assenza significherebbe **una condotta obiettivamente dolosa**¹¹³.

Chi guida in modo spericolato può pensare ancora di contare sulla propria abilità di conducente, anche se viaggia ai 100 km/h in pieno centro (si dovrà concretizzare la valutazione del rischio); ma chi consegna ai lavoratori strumenti di lavoro non a norma e insicuri, salvo misure preventive o di sorveglianza supplementari, non può che affidarsi al caso o alla buona sorte per "evitare" un infortunio. Colpa in un caso e dolo nell'altro? Inaccettabile conclusione, evidentemente. Ma dov'è la "operosa volontà impeditiva" dell'imprenditore?

14.3. Secondo un'altra opinione dottrinale¹¹⁴ si dovrebbe trattare di un **rischio non schermato**, cioè tale che non si è in grado di dominarlo, sì che il verificarsi o meno dell'evento è lasciato al caso, al fatto altrui, e non dipende dall'abilità o dal controllo del soggetto, che dunque non può che "accettare" tutto quello che accadrà. Prospettazione analoga a quella della tesi precedente.

La complessità dei casi fa comprendere che tutti questi criteri sono **parziali e insufficienti**, perché chi "non vuole" non è tenuto solo per questo ad esser così "prudente" o "diligente" da dover predisporre misure impeditive, pensando a come valterebbe la sua condotta un giudice penale. Sarebbe prudente farlo, ma il non farlo può rivelare, appunto, solo imprudenza e non dolo.

Tizio fa il **palo durante un furto in appartamento**. Poiché si affida ad altri concorrenti, e dato che saranno loro a eseguire personalmente il furto, "accetta" egli tutto quello che faranno? Se dal furto si passa a una rapina, o dal furto a una violenza sessuale o a un omicidio, l'essersi affidato a terzi e non avere strumenti per impedire varianti indesiderate al piano criminoso rende il palo automaticamente corresponsabile di quelle deviazioni? La risposta chiaramente negativa palesa che il **criterio** del rischio non schermato o dell'assenza di strumenti oggettivi che attestino una volontà impeditiva, anche se istruttivo e utile in vari casi, **non può essere risolutivo**.

14.4. Alla stregua di una diversa prospettazione seguita da Stefano CANESTRARI¹¹⁵, si dovrebbe trattare di un **rischio che non potrebbe neppure essere preso in considerazione** da un **agente-tipo**, appartenente alla cerchia sociale del soggetto agente. Ci sarebbe così una soglia molto selettiva a livello oggettivo che opera (non per il dolo in genere, ma) per il dolo eventuale. Ma questo primo *step*, che peraltro si adatta soprattutto ai reati in contesto lecito di base, non è sufficiente, secondo l'Autore. Occorrerà altresì accertare se, oltre ad aver attivato un "rischio doloso", il soggetto ha agito decidendo davvero di poter sacrificare il bene protetto. La soluzione ultima, così rinvenuta sul piano soggettivo, potrà essere discutibile, ma è corretto che sia comunque cercata sul terreno della colpevolezza.

¹¹³Arm. KAUFMANN, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, in ZStW, 60, 1958, 64 ss., 78, 81 ss.; T. HILLENKAMP, *Dolus eventualis und Vermeidewille*, in *Ged. Arm. Kaufmann*, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, 351 ss. Questa posizione classica della *dottrina finalista*, dimostra che è stato proprio il finalismo, in un contesto di diritto penale orientato pur sempre al disvalore di azione come componente centrale dell'illecito e altresì a distinguere dolo e colpa sul piano della tipicità, a **introdurre forme di oggettivizzazione del dolo** (v. lo stesso Arm. KAUFMANN, *Op. cit.*, 78). Per una ripresa di questo indirizzo nella letteratura italiana recente, G. DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione "separata" dei tipi criminosi*, cit., 883 ss., 904 ss.; ID., *Il dolo e la preterintenzione*, in AA.V.V., *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. DE VERO, in *Trattato di diritto penale*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Giappichelli, Torino, 2010, 196 s. In parte si colloca in questo orizzonte spostato sul fatto tipico e dunque sui elementi innanzitutto e paradigmaticamente oggettivi, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 197 ss., e già, in precedenza, W. HASSEMER, *Kennzeichen*, cit., 909 ss., 914, che critica la teoria del dolo di Arm. Kaufmann, ma ne apprezza l'intento oggettivizzante. Sul processo di oggettivizzazione del dolo, in generale, cfr. anche L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 63 ss.; G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. I, cit., 251 ss., oltre agli AA. cit. *supra*, nota 47.

¹¹⁴D. HERZBERG, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*, in *Jur. Schulung*, 1986, 249 ss., 254. V. al riguardo i rilievi di S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 62 ss.

¹¹⁵S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 151 ss., 167 ss., 197 ss., operando con le categorie del pericolo doloso e del pericolo colposo. L'A. aggiunge in seguito, dopo la selezione del rischio, una componente di colpevolezza di accettazione dell'evento, ammettendo così che la prima selezione non è punto decisiva.

Chi sa di essere affetto dal **virus HIV**, a meno che non intenda infettare il partner, non potrebbe neppure prendere in considerazione il rischio di continuativi rapporti non protetti, tanto più se protrattisi per vari anni. Se li pone in essere, e comunque non ha l'intenzione di contagiare nessuno, il tipo di rischio sarebbe, secondo questa dottrina, un rischio "doloso", tipico del dolo eventuale¹¹⁶. Questo può ben sussistere, in effetti, ma **ciò che il soggetto ha deciso in cuor suo non dipende "solo" dal significato sociale della sua condotta**. Un rischio può essere *socialmente improponibile*, ma il dolo rimane **un fatto psicologico individuale**. Il diritto penale ha come "clienti" molte persone irragionevoli, ma esse non sono solo per questo autori dolosi dei fatti commessi. Si può tacere al *partner* una malattia infettiva infamante e distruttiva del rapporto sperando che non succeda nulla, *perché* da anni si è portatori "sani", senza effetti patologici, di un virus. Questa *insana fiducia* coltivata da una persona di basso livello intellettuale e culturale e che continua a provare affetto per il coniuge, è stata ritenuta *possibile* dalla giurisprudenza, degradando l'ipotesi dolosa a colposa¹¹⁷. Forse i giudici hanno sbagliato, e si trattava in concreto di mera speranza di un autore davvero in dolo eventuale (purché non si tratti di un mero "dolo sociale"), dato che si era in presenza di rapporti non protetti protrattisi per anni, ma la decisione ultima di un caso di dolo non è di tipo oggettivo-sociale, come emerge bene anche in altre fattispecie.

La tesi ora esposta, dunque, non offre un criterio davvero risolutivo di tipo obiettivizzante, in quanto utilizza le **categorie proprie del reato colposo**, ma la sua specificità si ferma al livello oggettivo e lascia impregiudicato il vaglio della decisione, che sul piano della colpevolezza rimane affidato ai parametri volontaristici tradizionali: decisione, accettazione (non del rischio, ma) dell'evento, *etc.* D'altro canto, come si fa a dire che c'è rischio doloso affidandosi a qualche agente-modello, a ciò che farebbe un appartenente alla cerchia sociale dell'agente? Anche se delimitiamo questo possibile criterio ai fatti commessi in un contesto di base lecito (e dunque non al rapinatore che spara verso l'auto degli agenti durante la fuga), questo è un criterio tipico della colpa, non del dolo. E se invece il soggetto, per sconsideratezza, immaturità, ignoranza e rimozione pur colpevole del rischio, o perché non è un "osservante" o un benpensante, non voleva rifletterci e nondimeno ha agito senza davvero "decidere" di sacrificare le vite altrui? Se dicessimo che il rischio è già "doloso" non si dovrebbe poter rispondere per colpa. E invece **anche questa dottrina ammette che l'ultima parola spetta a un'indagine di colpevolezza psicologica**¹¹⁸. A un rischio apparentemente doloso, quindi, può corrispondere una colpevolezza colposa, e non dolosa. Non c'è dunque un vero "rischio tipicamente doloso", perché quel medesimo *fatto* (o rischio) può essere *anche* "tipicamente colposo"! A decidere, allora, è l'elemento soggettivo. La tesi non offre, alla fine, un criterio autosufficiente o esaustivo sul versante *positivo* della selezione, anche se lascia credere che il vero problema selettivo risieda nel livello di rischio.

14.5. La tesi del rischio "socialmente improponibile" per un agente-modello, in effetti, somiglia nel suo versante positivo, "fondante" la responsabilità, a quella diffusa in **giurisprudenza**, la quale ritiene sussistere il dolo eventuale in presenza di un **rischio irragionevole**, o inaccettabile da parte di una persona ragionevole¹¹⁹. Anche in questo caso, si utilizzano parametri propri del reato colposo, o *parametri normativo-sociali*, per spiegare un fatto doloso. Ciò produce l'effetto di generare facili **presunzioni che contrastano con la reale e ben diversa psicologia delle persone**, lasciando credere che la soluzione dei casi possa avvenire già anche *contra reum*, a livello oggettivo.

L'automobilista che guida ai **100 km/h in pieno centro** in un **orario di punta**, attraversando un **incrocio affollato**, pone in essere un rischio irragionevole e che un automobilista della sua cerchia sociale non potrebbe prendere in considerazione come "affrontabile". Però, ciò non basta *irrefutabilmente* per assumere il dolo eventuale: se il conducente, già psicolabile, intendeva solo sfogarsi di fronte al passeggero (la *ex fidanzata* che gli aveva

¹¹⁶Sul tema K. SUMMERER, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'Aids-carrier*, cit., 303 ss.

¹¹⁷E' il **già ricordato Caso Lucini** (*retro*, nota 41): Gup Cremona, 14.10.1999, in *Foro it.*, 2000, II, 348; Ass. App. Brescia, 26.9.2000; Cass., sez. I, 14.6.2001, 30425, in *Cass. pen.*, 2002, 3096 ss.

¹¹⁸Implicitamente, S. CANESTRARI, *Op.cit.*, 167 ss. V. già, sul punto, M. DONINI, *Considerazioni critico-costruttive sul principio di colpevolezza*, cit., 250 ss.

¹¹⁹Cfr. per es., l'ampia motivazione con vari richiami di giurisprudenza di Cassazione, sul punto, del primo giudice nel **caso Lucidi**: GUP Trib. Roma, 26.11.2008, in *Foro it.*, 2009, II, 414 ss., con nota di G. FIANDACA, *Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?*, poi riformata in Appello con conferma del gravame in Cassazione: Sez. IV, 18.2.2010, PG c. Lucidi, in *Foro it.*, 2010, II, 306.

appena rivelato la presenza di un altro uomo e la sua intenzione di lasciarlo) che gli aveva provocato una forte reazione emotiva, forse non aveva deciso proprio nulla, nell'arco di pochi minuti, non avendo *nessuno specifico interesse, né un motivo interiore*, per il sacrificio di vite altrui, e forse ha agito solo con grave sconsideratezza¹²⁰. Se, invece, era un malvivente che stava sfuggendo alla polizia che lo inseguiva per arrestarlo e condurlo a scontare anni di carcere, *forse* anche “mettere sotto” un passante avrebbe potuto meglio rientrare nella logica utilitaristica di non essere acciuffato, indiziando cioè una decisione di agire contro la vita altrui, consapevolmente sacrificata quale *prezzo* della propria libertà¹²¹. Potranno essere qui di ausilio i **diversi “indicatori del dolo”** nelle due vicende (*infra*, § seg.). Comunque **non sarà decisiva, quale unico parametro, la mera irragionevolezza del rischio.**

14.6. La tesi di una soglia selettiva del rischio è però suggestiva nel suo risvolto negativo: sotto un certo livello di rischio non possiamo ammettere come sufficientemente ragionevole o apprezzabile la dimostrazione di un dolo eventuale¹²². **Sotto una certa soglia di rischio è possibile normativamente solo la colpa** (con previsione). Psicologicamente sarebbe possibile anche il dolo: nell'intenzionalità, per es., anche una mera possibilità dell'offesa è socialmente rilevante e compatibile col dolo intenzionale. La differenza viene stabilita – per ragioni non ontologiche, ma di garanzia – appositamente per il dolo eventuale. L'illecito commesso con dolo eventuale, infatti, esigerebbe una soglia di rischio ulteriore a quella sufficiente per una qualche (qualsiasi) colpa, pur non identificandosi con tale soglia obbiettiva. Quella medesima soglia propria del dolo eventuale (ma non di altre forme di dolo), è perciò anch'essa compatibile con la forma più grave di colpa.

14.7. Per concludere, l'indagine, e dunque la base del criterio, non è mai solo di tipo oggettivo o sociale, ma rimane soggettiva. Il primo step non ha quindi la rigidità di una «struttura dogmatica», ma indiziaria e garantista, per impedire che si desuma il dolo eventuale da valutazioni eticizzanti (per es. il “disprezzo” per il bene protetto) o d'autore (per es. il cliente infetto è sempre in colpa, ma la prostituta infetta è sempre in dolo, l'automobilista è sempre in colpa, mentre il rapinatore è sempre in dolo rispetto alle conseguenze “indirette” pensate come possibili o probabili)¹²³, o per impedire che sotto una certa soglia si dia spazio a improbabili indagini soggettive e d'autore.

¹²⁰Così la sentenza di appello nel **caso Lucidi**. V. al riguardo V. Russo, *Circolazione stradale e omicidio, tra dolo eventuale e colpa cosciente*, in *La Corte d'Assise*, 2011, 277 ss.

¹²¹Così la sentenza del **caso Vasile** di primo grado (C. Assise Roma, 6 febbraio 2009, inedita), peraltro riformata in Appello (Assise App. Roma, 18 marzo 2010, commentata da G. FORTE, *Gli incerti confini del dolo e della colpa: un caso problematico in tema di circolazione stradale*, in *La Corte d'Assise*, 2011, 291 ss.), con decisione annullata dalla Cassazione e poi definitivamente di condanna per dolo eventuale in sede di giudizio di rinvio. Cfr. anche BARTOLI, CALDARARO, MARTINI, PECCIOLI, PISA, *Dolo e colpa negli incidenti stradali*, num. speciale di *Dir. pen. e processo*, 2011. V. pure sul dibattito al riguardo F. VIGANÒ, *Fuga “spericolata” in autostrada e incidente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?*, in *Corr. merito*, 2005, 70 ss.; ID., *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., § 2.1; F. AGNINO, *Colpa cosciente e dolo eventuale in tema di sinistri stradali*, in *Giur. merito*, 2010, 3, 766 ss.; ID., *La sottile linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Giur. merito*, 2009, 1489 ss.; G. RUGGIERO, *Considerazioni su dolo eventuale e colpa cosciente in materia di circolazione stradale*, in *Arch. pen.*, 2009, 44 ss.; A. VALLINI, *Dai “pirati della strada” al bombardamento di Dubrovnik: prassi nazionali e sovranazionali in tema di dolus eventualis*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, 247 ss.; A. AIMI, *Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica*, cit.

¹²²Radicalizza tale concetto, seguendo indicazioni che provengono dalle tesi di Canestrari, la **decisione del Gup Tribunale di Grosseto, 20 luglio 2013**, in *Dir. pen. cont.*, 18 settembre 2013, con nota redazionale di AIMI. In questa sentenza di patteggiamento nel **caso Costa Concordia** la motivazione, fra l'altro, sostiene che «già la stessa natura del “rischio” consentirebbe di escludere l'invocato naufragio doloso ascritto» in quanto la condotta di navigazione ravvicinata alla linea di costa, pur essendo una manovra di per sé «non priva di pericoli», non concretizzava un rischio «folle» essendo una manovra non «vietata dalla normativa all'epoca in vigore» e che «avrebbe potuto svolgersi in condizioni di sicurezza»; si valorizza inoltre il fatto che «la scelta di navigare in estrema vicinanza alla linea di costa» fosse «conseguenza di decisione assunta da altro soggetto [...] che aveva in quel momento la titolarità formale ed effettiva del comando della nave». E' evidente a tutti che siamo qui agli antipodi di tutta la tradizione ermeneutica dall'Ottocento a oggi, in contesto internazionale, che si appagava della mera possibilità per il dolo eventuale (così, da ultimo, anche Ass. App. Torino, 28 febbraio 2013 nel processo d'appello del caso ThyssenKrupp (*infra*, nota 157)). Il problema non è, a nostro avviso, l'esigenza di un'obbiettiva delimitazione, oggi avvertita dai più come “di garanzia”, ma di stabilire **come** debba essere ragionevolmente tracciata. Il rischio “folle” è più tassativo della “significativa probabilità” o di un parametro dell'*homo eiusdem* che in contesto illecito non sempre ci può essere, ed appare ermeneuticamente improprio nel dolo: però ci chiediamo se il rischio “folle” non **delimiti troppo** rispetto a decisioni prese “ad ogni costo”. Peraltro, è un parametro che elimina di fatto l'esigenza di difficili accertamenti soggettivi-volitivi, ripiegando *da subito* verso la colpa, quale ipotesi alternativa più favorevole. La bontà della soluzione andrà vagliata non solo a fronte di **ipotesi sull'estremo opposto**, come quella del caso del singolo rapporto omosessuale senza protezione (con probabilità di trasmissione inferiore allo 0,5%, malauguratamente verificatasi) di *aids-carrier*, approfittando del *partner* non consenziente (in situazione di *bondage* (v. sul caso *supra*, nota 42, e la soluzione prospettata *infra*, § 18.4), ma anche su ipotesi mediane, dove il rischio è **molto serio**, eppure si agisce **ad ogni costo o assecondando il piano dell'illecito, e al prezzo del suo verificarsi.**

¹²³M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 327, nota.

Ancora meno persuasive, perché fondate su forme di dolo oggettivo, di presunzioni di dolo, o di *dolus in re ipsa*, sono le formulazioni più risalenti che si richiamavano, nella **giurisprudenza della Cassazione**, a un **dolo diretto inteso come elevata probabilità dell'evento** (v. le Sezioni Unite 14 febbraio 1996, Mele; Sez. Un., 12 ottobre 1993, Cassata¹²⁴), tale da sostituirsi alla prova dell'accettazione del rischio, dell'adesione all'offesa, in quanto la rilevanza del pericolo renderebbe "superflua" la prova di un elemento soggettivo. Sono *tutte formulazioni* che trasformano le categorie penalistiche in strumenti *servili rispetto alla prova*: per facilitare la prova del dolo – *cioè la posizione dell'accusa in giudizio!* – ci si accontenta di un livello di rischio al posto dell'elemento psicologico. Ma la **definizione del dolo**, del livello inferiore della responsabilità penale nella maggior parte dei delitti, **non può essere costruita sulla base delle esigenze probatorie del pubblico ministero**, che è solo uno degli attori del processo penale. **Vero è**, piuttosto, che **i concetti giuridici vanno costruiti in modo che siano suscettibili di essere provati**¹²⁵. Ed è questo il pensiero che, memori dell'insegnamento della storia dell'applicazione della colpevolezza e del dolo¹²⁶, ci deve introdurre all'analisi della componente psicologica del dolo eventuale.

15. L'insuperabile momento volitivo della decisione, tra formule di Frank e indicatori del dolo

15.1. Essendo dirimente, per l'identificazione del dolo eventuale, **un criterio di tipo soggettivo**, esso dovrà offrire alcune **garanzie in termini di certezza probatoria**.

Tali garanzie, peraltro, **non sono presenti nel criterio tradizionale**, da sempre il più diffuso in dottrina e in giurisprudenza, quello dell'«**accettazione del rischio**»¹²⁷, che definisce il dolo eventuale, in termini solo soggettivi, come accettazione del rischio dell'evento indiretto. La **c.d. accettazione del rischio** è una **formula buona per tutti gli usi**, ancor più se sommata all'idea di una mera possibilità dell'evento: anche chi sorpassa in modo azzardato "accetta" un qualche rischio di incidente che non dipende totalmente solo da lui, così come chi mette una bomba in piazza non può non accettare il rischio che la sua esplosione provochi morti o feriti, anche se non fosse questo il suo scopo. Si tratta, però, di *rischi profondamente diversi, e tuttavia entrambi un po' "accettati"*. Eppure, nel primo caso, si è quasi sempre in presenza di colpa (con

¹²⁴Cass., Sez. Un., 14 febbraio 1996, Mele, in *Cass. Pen.*, 1996, 2506 ss., n. 1419; Cass., Sez. Un., 12 ottobre 1993, Cassata, in *Cass. Pen.*, 1994, 1186 ss., n. 685. Le decisioni in oggetto erano state rese per "eludere" la soluzione dell'ammissibilità del **dolo eventuale nel tentativo**: se lo si qualifica come diretto (ma a patto che lo sia...), quel dolo diventa automaticamente ammissibile. Una casistica molto nota dove tale profilo è riemerso in seguito è quella del **lancio dei sassi dal cavalcavia**. Per un'ipotesi esemplare di questa tipologia di processi, e applicazione del tentativo con dolo diretto, anziché solo dell'ipotesi consumata con dolo eventuale rispetto agli eventi realmente verificatisi, Cass., Sez. I, 25.1.2005-11.2.2005, n. 5436, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1003 ss., con nota critica di G. CERQUETTI. **Si pensi al seguente esempio**: alcuni ragazzi, per puro e insano divertimento, scommettono su chi di loro, **lanciando sassi che pesano alcuni kg. dal cavalcavia di un'autostrada**, colpirà una vettura nei punti più nevralgici: ottenendosi un punteggio maggiore quanto più la parte colpita sarà vicina al parabrezza. Oppure: ottenendosi un punteggio diversificato quanti più saranno i veicoli coinvolti nei successivi incidenti a catena. Essendo lo scopo quello di produrre danni alla prima vettura in parti pericolosamente esposte al guidatore, si dà potere colpire quest'ultimo o causarne la perdita del controllo, o comunque quello di produrre incidenti a catena con ingombro anche per altri utenti dell'autostrada, l'imputazione, in caso di lesioni o morti, è di **dolo eventuale**, non solo per l'autore del fatto. Ciò a causa della previsione di gravissime conseguenze, che – almeno per il tipo di punteggio che caratterizza la scommessa – vengono messe sul conto del gioco, quale "prezzo", peraltro non sicuro, del raggiungimento dell'obiettivo primario (divertimento e rottura del parabrezza o incidenti a catena). Alcune volte, peraltro, in caso del verificarsi di meri danni a cose o lesioni personali, si è contestato il **tentativo di omicidio con dolo diretto**. Tuttavia, solo *la soggettiva probabilità confinante con la certezza* dell'evento non perseguito come scopo dovrebbe poter consentire la contestazione di un reato sorretto da dolo diretto. V. sul punto *supra*, nota 56.

¹²⁵Esattamente, F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, cit., 465 ss., che peraltro, muovendo da tale esigenza, esclude la prova di veri elementi psicologici, ritenuti indimostrabili nel processo, facendo ovviamente il gioco della parte pubblica del processo. Per una critica della giurisprudenza spagnola, ritenuta ormai abbracciare una concezione cognitiva del dolo come mera rappresentazione, R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., 455 ss. Nondimeno, l'A., pur in chiave restrittiva, enuclea condotte "specialmente idonee" a cagionare un evento, dove sostiene – come si è visto (*retro*, § 8.2) – che le allegazioni dell'accusato di non aver voluto o compreso la pericolosità della condotta non dovrebbero essere credute, senza possibilità di controprova. Una formulazione moderna del *dolus indirectus*. Per una diversa sensibilità sul terreno della prova, più attenta al momento psicologico del dolo, v. G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, cit., 186 ss., 451 ss., e K. VOLK, *Begriff und Beweis subjektiver Merkmale*, cit., 742 ss.

¹²⁶Cfr. A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, Bd. I, v. Hirschfeld, Tübingen, 1895; W. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, rist. Aalen, 1965; K. VOLK, *Dolus ex re*, in *Fest. Arb. Kaufmann*, München, 1993, poi) in *Id.*, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Esi, Napoli, 1998, 107 ss.; G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. I, cit., *passim*.

¹²⁷V. la ricostruzione di S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 43 ss., 65 ss. e di G.P. DEMURO, *Il dolo*, cit., vol. II, 13 ss.

¹²⁸R. FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, cit., 211 ss., 217; *Id.*, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*¹⁸, Mohr, Tübingen,

previsione), e nel secondo caso in presenza, di regola, di dolo almeno eventuale. Altra cosa è accettare un rischio, altra cosa è aderire all'evento.

15.2. Sul piano operativo, concreto, al criterio dell'accettazione del rischio corrispondono altre formule diffuse in letteratura, come quella del “*consenso*”, dell’“*adesione*” all’offesa, oppure della “*decisione contro il bene giuridico*”. Sono formule che sottolineano la presenza di **un momento volitivo, e non solo rappresentativo**, nel dolo eventuale. Si tratta di espressioni che spiegano meglio questa figura, anche se non si distaccano molto dalla teoria dell’«accettazione» del rischio che abbiamo già criticato. C’è peraltro una differenza: **non** si parla qui di **consenso o adesione al “rischio”, ma all’offesa, all’evento, alla lesione** del bene protetto. Si tratta, al riguardo, di *precisazione esatta*: **non sono richieste la rappresentazione e l'accettazione di un rischio soltanto, ma di un evento, o del reato nella sua compiutezza**. Il problema deriva da come sia possibile raggiungere la prova di questo momento volitivo. La teoria che più ha tentato di avvicinare il dolo eventuale a quello diretto o intenzionale, sotto il profilo della volontà, è stata elaborata dal penalista tedesco Reinhard FRANK, che ha coniato **due celebri formule** per accertare il dolo eventuale¹²⁸.

15.3. **La prima formula di Frank** richiede che si accerti che il soggetto avrebbe agito comunque, o non si sarebbe astenuto dal farlo, se avesse saputo che la sua condotta avrebbe provocato sicuramente il risultato lesivo, inventandosi un criterio per equiparare la rappresentazione alla volontà: “la previsione dell’evento come possibile integra quindi il concetto del dolo solo quando la previsione dello stesso come certo non avrebbe trattenuto l’agente, non avrebbe avuto il significato di un motivo contrastante decisivo”¹²⁹. **La seconda formula**, invece, ritiene il dolo eventuale nel comportamento di chi opera in questo modo: “può essere così o altrimenti, succedere così o altrimenti, in ogni caso io agisco”.

La **prima formula** è stata molto criticata perché non si può sapere o non interessa sapere ciò che il soggetto “avrebbe fatto”, ma ciò che ha voluto e deciso realmente. La critica, però, dimentica che si tratta solo di una formula che ha un valore ermeneutico, uno strumento ricognitivo e ausiliario *accanto* ad altri. Essa serve a individuare **un indicatore del dolo**. Né può significare che si debba ricostruire un intero decorso causale ipotetico sul presupposto che il soggetto sapesse davvero l’intero svolgimento successivo degli eventi, del loro successo finale oppure no. Non si tratta dell’accettazione della storia in senso nietszcheano secondo l’«eterno ritorno dell’eguale»! Tuttavia tale formula è interessante perché offre all’interprete **una base del giudizio più ampia**. Il problema del dolo eventuale è che disponiamo spesso di pochi elementi di giudizio *ex ante*. Questa formula consente di essere usata come *un contro-fattuale*, tenendo conto di più elementi di giudizio nella “base” della valutazione del soggetto: più elementi di quelli che egli stesso aveva a quel tempo, e che se avesse avuto gli avrebbero fatto rimeditare la decisione. Se si volesse invece ricondurre tale formula a un vero giudizio *ex ante*, allora andrebbe perduto il vantaggio pratico che essa offre¹³⁰. Il suo problema vero, invece,

1931, 190 s. V. al riguardo A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, cit., 27 ss.; E. MEZGER, *Diritto penale (Strafrecht)*, cit., 360 ss. G. MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. I, parte gen., Tomo I, cit., 442 ss.; A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, cit., 336 ss.; M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione*, cit.; G. GENTILE, “*Se io avessi previsto tutto questo...*”, cit., 1 ss. In senso adesivo all’impiego della formula cfr. A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, cit., 476 s.; ID., *Principi di diritto penale*, parte gen.⁸, cit., 284 s.; ID., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, cit., 97 s.; G. BETTIOL, *Diritto penale*, Parte gen., XI ed., Cedam, Padova, 1981, 463; G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, Laterza, Bari, 1996, 97 (nella sostanza); L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 175 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, parte gen.³, cit., 341 s. (come criterio probatorio); F. VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza*, cit., 3.4.

¹²⁹Così R. FRANK, *Vorstellung und Wille*, cit., 217. V. quindi la prima edizione del suo *Kommentar* del 1897 (*Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*), cit., Tübingen, 1897, sub § 59, III).

¹³⁰Ciò che dimentica, nella sua lettura della prima formula di Frank, la approfondita ricostruzione di G. GENTILE, “*Se io avessi previsto tutto questo...*”, cit., 20 ss., e nota 125, quando ci obietta che avremmo considerato indebitamente i decorsi alternativi ipotetici rispetto alla rilevanza o meno di ciò che sarebbe successo (anche nel caso dell’*ipotesi di Lacmann*): il fatto è che nel dolo intenzionale tali decorsi non rilevano, ma secondo la prima formula di Frank è decisivo che si dia spazio all’esclusione del dolo eventuale (non di quello intenzionale però) se il soggetto non avrebbe agito sapendo che si sarebbe verificato l’evento, o quell’evento storico. Naturalmente, nel dolo eventuale così ricostruito si potevano fare rientrare correttamente solo i decorsi ipotetici *futuri* legati al verificarsi dell’evento non perseguito come fine, non anche i fatti ad esso collegati e indesiderabili per altri aspetti (essere scoperti, puniti, non raggiungere gli obiettivi ultimi perseguiti, subire altri danni *etc.*). Nondimeno si tratta di un *vero giudizio controfattuale* (come ammette anche GENTILE, *Op. cit.*, 23 e nota 133), e se non si riduce a un giudizio di pericolo *ex ante*, esso deve tener presente che siamo in presenza di un evento concreto da imputare e ciò condiziona la valutazione e la sua natura di controfattuale. Infatti, ogni giudizio controfattuale riferito all’evitabilità o alla decisione rispetto ad un evento *storico*, è per sua natura *ex post*, non *ex ante*, come sostiene invece l’A. affermando che sarebbe una valutazione “predittiva” (*Op. cit.*, 20 ss., e *passim*, citando altre posizioni dottrinali o giurisprudenziali che ripetono una simile confusione tra momento predittivo-esplicativo). Il **giudizio controfattuale o**

è quali elementi di conoscenza *ex post* inserire nella “base del giudizio”: dato che dobbiamo pur sempre imputare **un evento concreto** verificatosi, e non un evento astratto a un dolo distaccato dalle *sue* conseguenze, qualche particolare di ciò che si è cagionato dovrà pur essere valorizzato, anche per “compensare” la componente fortuita che c’è nell’elemento oggettivo (il verificarsi dell’evento): quanto più si sminuisce il coefficiente di probabilità dell’evento (rischio-evento: folle, sconsiderato, irragionevole, serio, probabile, possibile), tanto più si dovrà accentuare il grado volontaristico del coefficiente soggettivo (v. *infra*, § 18.2). Naturalmente l’evento deve essere tra quelli **rappresentabili *ex ante***, ma fra tutti si dovrà scegliere l’accettazione di un evento *come* quello concreto, così allargando in effetti la base del giudizio, con l’ausilio del senno di poi, ma anche di ciò che il soggetto ha davvero “fatto” e “realizzato” e che deve essere anche soggettivamente *opera sua*.

15.4. Peraltro, **gli indicatori del dolo sono ben più numerosi, e non riguardano solo profili esterni e “disposizionali”, ma anche psicologico-motivazionali**: quale vantaggio aveva il soggetto ad agire comunque, quali pregiudizi avrebbe subito dal verificarsi dell’evento, se ha agito in piena lucidità o in uno stato emotivo o passionale, se era abituato al rischio oppure no, se agiva per gioco o per interesse, se si tratta di persona particolarmente imprudente in genere, o molto abile in un’attività, tale da abituarla ad affrontare rischi sconsiderati, qual è il grado di reale informazione e il livello di rappresentazione di cui disponeva, o di cultura e di intelligenza, se ha deciso in pochi attimi o dopo una ponderata riflessione etc., se ha agito in contesto già delittuoso o nell’ambito di un’attività lecita, tale da indiziare un maggiore o minore rispetto per i beni giuridici, da quale “vissuto” è stato indotto ad agire, come ha reagito di fronte a taluni “segnali di allarme”¹³¹, se aveva un motivo forte per affrontare ad alto prezzo un rischio di quel tipo, etc.

15.5. Ciò che importa accertare è quanto effettivamente definito dalla **seconda formula**: che il soggetto ha agito “**a costo dell’offesa**” (non necessariamente “**costi quel che costi**”)¹³². Si può essere sicuri, infatti, che **nel processo** l’imputato di dolo eventuale **negherà sempre** tale addebito, affermando, quanto meno, che non voleva l’evento e che è stato al limite sconsiderato. Occorrerà, perciò, accertare l’elemento soggettivo muovendo da “**indicatori**” del dolo¹³³ (o della colpa). Ma non è che il dolo, desunto da indizi esterni, diventi oggettivo e si risolva in un agire sotto rischio. **Non è vero, peraltro, che gli indicatori entrino a far parte del concetto di**

è tutto *ex ante* (v. per es., J.W. MEILAND, *The Nature of Intention*, Methuen & Co., London, 1970, 15 ss.), cioè che è di modesta utilità nel dolo eventuale, **oppure**, se condotto con conoscenze acquisibili anche a posteriori, è **solo apparentemente predittivo**, come nel caso dell’evitabilità nella colpa (comportamento alternativo lecito), ma anche a proposito della formula di Frank: se fosse *ex ante* non dovrebbe considerare l’evento verificatosi, ma solo un evento “di genere”, quello tipico, o addirittura solo il rischio *ex ante* di tale evento, come dicono le teorie del dolo come rischio (W. Frisch e altri, per intenderci). Viceversa, il giudizio si riporta al tempo della condotta e ricostruisce un decorso contro-fattuale, ma non veramente predittivo, dato che il **giudizio predittivo è ancora aperto sul futuribile nella storia**, come nella classica prospettiva *ex ante* della regola cautelare, dell’idoneità, del pericolo *ex ante* a base necessariamente parziale, della colpevolezza *ex ante*, mentre qui stiamo ragionando con i “**se**” per imputare a cose fatte **un evento concretissimo**. Che si tratti d’imputazione di un evento a dolo e non di un dolo “*ex ante*”, dipende dalla necessità di **scegliere alcuni elementi** nella “base del giudizio”: non terremo conto di tutti, come per es. del fatto che con l’evento si è anche verificato un “insopportabile effetto collaterale”, cioè, per es., che anche l’autore è rimasto ferito, oppure catturato, o che ha perso il suo “bottino”. Solo così confutiamo l’esempio di Lacmann (*infra*, nota 181), o quello dei mendicanti russi (riferimenti in L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, cit., 625). Se, viceversa, “reinterpretassimo” la formula di Frank in una vera prospettiva *ex ante* di tipo predittivo, non dovremmo considerare l’evento – *chi* è rimasto ucciso, e *come*, o *quanti* sono i morti etc. –, ma solo la motivazione ad agire comunque, “nel caso del verificarsi” dell’evento *in genere*. Questa rilettura, però, non riguarda più ciò che il soggetto avrebbe fatto, ma solo ciò che ha deciso. A noi potrebbe anche andar bene questa soluzione “purista”, ma non la riteniamo veramente compatibile con la formula di Frank e con una realistica sua applicazione a cose fatte. E’ infatti **impossibile separare completamente la vicenda reale da quella motivazionale se confrontiamo la decisione storica con una alternativa ipotetica: sapendo come sarebbero/sono andate le cose il soggetto si rende conto davvero di ciò che ha fatto e voluto** – v. il caso Lucidi: “oddio Vale...li ho ammazzati!” (sent. Gip Roma, 23 maggio 2008) –, **mentre se lo teniamo all’oscuro di ciò e ci riportiamo completamente *ex ante*, avremo meno elementi per decidere: ma la prima formula di Frank è processualmente (un po’) utile perché nel dolo eventuale spesso abbiamo poche informazioni ed essa ce ne offre di più “immettendo più materiale probatorio nella base del giudizio”, cioè qualcosa del materiale acquisibile *ex post***. E d’altro canto noi dobbiamo imputare un evento a dolo, non un dolo staccato dai suoi prodotti. Sulla prospettiva *ex ante/ex post* e alcune confusioni concettuali al riguardo v. anche i rilievi di K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, ETS, Firenze, 2013, 216 ss. (e *amplius* 132 ss., 185 ss., 200 ss.)

¹³¹Sui segnali di allarme, v. *supra*, § 7.

¹³²Non riteniamo, pertanto, che questa formula sia in contraddizione con la prima. Per la discussione su tali polemiche “interpretative” un po’ speciose, v. G. GENTILE, “*Se io avessi previsto tutto questo...*”, cit., 15 ss.

¹³³W. HASSEMER, *Kennzeichen des Vorsatzes*, cit.; G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, cit., 451-537; M. PIERDONATI, *Dolo e accertamento*, cit., 258 ss. V. pure R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di prova del dolo eventuale*, in *Dolo e colpa negli incidenti stradali*, *Speciale di Dir. pen. e proc.*, 2011, 29 ss. e la sintesi, nella letteratura tedesca, di J. VOGEL, *Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln*, in *Leipziger Kommentar zum StGB*, Bd. I, de Gruyter, Berlin, 2007, § 15/96 ss., 126 ss.

¹³⁴Sulla tesi contraria di Hassemer, v. *supra*, nota 108.

dolo o del suo contenuto¹³⁴. Occorre sempre **provare una colpevolezza soggettiva che qui è oggetto di prova indiziaria assai più che nelle altre forme di dolo**. Il dolo come *concetto normativo* non si dissolve così, in generale, in meri *fatti psichici*, o addirittura in stati d'animo, sentimenti, desideri *etc.*, ma il suo contenuto concettuale, per quanto normativo, rimanda sempre a una dialettica probatoria con una realtà interna di tipo soggettivo-psicologico, che costituisce il **limite esterno al concetto normativo**, il dato reale (il “noumeno”) al quale esso tende **per la prova** del concetto normativo, e che se venisse espunto farebbe residuare solo il dolo (il “fenomeno”) come tipologia di comportamento esteriore, fatto paradigmatico, *dolus in re ipsa*. Ogni diversa lettura, quanto più presuntiva essa è, tanto più privilegia la prevenzione generale e la pedagogia collettiva rispetto alla garanzia di una personalizzazione della responsabilità. Ma la prevenzione generale funziona meglio nel reato colposo che non in quello doloso, e anche lì, nella colpa, ha prodotto molti danni, insieme all'oggettivismo e al normativismo che l'hanno veicolata, perché non è la prevenzione generale a poter decidere la differenza tra dolo e colpa e tra le loro diverse cornici di pena, non essendo di competenza del giudice-interprete quella opzione legislativa di fondo. Siamo così pronti per affrontare il tema della colpevolezza del dolo eventuale, che costituisce il vero limite alle logiche generalpreventive emergenti.

PARTE TERZA. IL VALORE DECISIVO DELLA COLPEVOLEZZA DOLOSA

16.

La specificità del dolo eventuale rispetto al dolo generico intenzionale e diretto: l'impossibilità di provare il dolo come elemento soggettivo senza la colpevolezza dolosa in senso stretto

16.1. A questo punto *occorre trarre le conclusioni* dalle acquisizioni raggiunte: **il dolo eventuale**, sia *de lege lata* e sia *de lege ferenda*, si decide a livello soggettivo come problema non di mero rischio (rischio doloso), né solo di elemento soggettivo, di tipicità soggettiva, di fatto soggettivo impersonale, fattuale – cioè il dolo predicabile *mediamente* di un tipo di azione, *sia* essa compiuta da imputabile *come* da non imputabile, da soggetto pienamente *ovvero anche* scarsamente consapevole dei valori in gioco, *o da* soggetto callido e calcolatore, *oppure* più distratto, sconsiderato o emotivamente alterato –, ma **si decide invece a livello di colpevolezza**, dove trovano ingresso e focalizzano l'attenzione quelle componenti più personali della motivazione ad agire in un soggetto **pienamente consapevole del rischio**. Esso rappresenta **un caso emblematico dove emerge la colpevolezza dolosa come categoria autonoma distinta dal, ma al contempo avvolgente il, fatto soggettivo**, e deve ammettersi che – **a differenza del dolo in genere, dove non è richiesta un'indagine sui motivi** – qui è indispensabile scendere a **un'analisi della motivazione del soggetto** (la *causa* motivazionale *della condotta*), anziché della sola realizzazione del fatto (la condotta dolosa come *causa del fatto* tipico)¹³⁵. Non una valutazione etico-giuridica della motivazione: se egoistica o meno, o se più o meno riprovevole. Si tratta di valutare gli indicatori che servono per comprendere la decisione contro la salvezza del bene protetto. **Fatto doloso e colpevolezza dolosa non si confondono**: perché **si prova l'elemento soggettivo mediante l'analisi motivazionale, ma oggetto dell'imputazione non è l'aspetto dei motivi** che presenta valore indiziario (*infra*, § 20.1). Nondimeno, quella prova diventa più decisiva, mentre non lo è in altre ipotesi di dolo.

16.2. **Questa tesi**, anche se diversamente formulata, trova riconoscimento nella tradizione dottrinale che più ha elaborato il dolo eventuale nella prima metà del Novecento – da

¹³⁵V. pure M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 323 ss.; P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2000, 135 ss., e l'analisi della giurisprudenza italiana che valorizza tali aspetti, nell'opzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, in M. RONCO, *Dolo, preterintenzione e colpa: fondamento e struttura*, in *Commentario al codice penale*, diretto da RONCO, vol. I, Zanichelli, Bologna, 2007, spec. 448 ss.; R. BARTOLI, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in AA.Vv., *La prova dei fatti psichici*, cit., 217 ss., 231; G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, cit., 447, 486 ss.; e in F. VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., § 3.3. V. altresì G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, parte gen.⁴, cit., 311 s. (§ VIII, 3.8.3).

Max Ernst MAYER¹³⁶ a Karl ENGISCH¹³⁷, da Robert VON HIPPEL¹³⁸ a Edmund MEZGER¹³⁹, a Wilhelm GALLAS¹⁴⁰ –; è confermata da riconosciuti Maestri della seconda metà del Novecento, da Hans-Heinrich JESCHECK¹⁴¹, anche nella lettura del suo allievo Justus KRÜMPPELMANN¹⁴², sino a Claus ROXIN¹⁴³ –, ma anche oltre quelle origini e matrici di lingua tedesca si rinvengono riconoscimenti di rilievo, anche se talora problematici: da Luis JIMÉNEZ DE ASÚA¹⁴⁴ a Eugenio Raúl ZAFFARONI¹⁴⁵, ad Antonio PAGLIARO¹⁴⁶, a Salvatore PROSDOCIMI¹⁴⁷, a Giorgio MARINUCCI ed Emilio DOLCINI¹⁴⁸ –; ed è valorizzata, sia pur con diversità di accenti, da vari studi recenti e dalla stessa giurisprudenza¹⁴⁹. Si tratta di una tesi, peraltro, la quale **non esige che si faccia qualcosa di diverso da ciò che le migliori decisioni hanno sempre compiuto**: perché essa richiede un chiaro riconoscimento del fatto che c'è una tipicità soggettiva, c'è un elemento soggettivo (p.e. la decisione di agire in presenza della rappresentazione di un rilevante livello di rischio) che non sono ancora “colpevolezza dolosa”, e altresì comporta il riconoscimento che il dolo eventuale non è una componente meramente soggettiva di natura psicologica (p.e. rappresentazione/decisione), ma appunto di colpevolezza, **irraggiungibile se non vagliando anche la motivazione – non la personalità¹⁵⁰ – del soggetto**. Le cause dell'azione, anziché il tipo di azione (volontaria) come causa dell'evento¹⁵¹, sono **indispensabili anche per far “funzionare” il criterio concorrente delle formule di Frank**. Così, buone o meno le soluzioni finali accolte, si è proceduto nel caso Lucidi¹⁵² e nel caso Lucini¹⁵³, nel caso Vasile¹⁵⁴ e nel caso Nocera¹⁵⁵, nel caso Spaccarotella¹⁵⁶ e nel caso Thyssen-Krupp¹⁵⁷, così

¹³⁶M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*², C. Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1923, 243, 264 ss. (“den ganzen Komplex seiner Motive beachten”: *ivi*, 265).

¹³⁷K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 132 ss., 233 s.

¹³⁸R. VON HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit* cit., 93 ss., 132 ss., 140 s.; ID., *Das deutsche Strafrecht*, AT, Bd. II, cit., 313 ss.

¹³⁹E. MEZGER, *Diritto penale*, cit., 364 s.

¹⁴⁰W. GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, cit., trad. it., *Sullo stato attuale della teoria del reato*, cit., 47 s.

¹⁴¹H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT⁵, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 300.

¹⁴²J. KRÜMPPELMANN, *Vorsatz und Motivation*, in *ZStW*, 87, 1975, 888 ss., spec. 894 s.

¹⁴³Al di là del normativismo ancora non dispiegato nel manuale, rileva comunque l'imprescindibilità di indagini motivazionali C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, cit., § 12/72.

¹⁴⁴L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, Tomo V², *La culpabilidad*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963, 584, 585 ss., 617.

¹⁴⁵R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho penal*, PG², cit., 525 s. (nonostante gli accenti critici, il dato è registrato come essenziale alla materia).

¹⁴⁶A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, cit., 95-98. L'accentuazione del “disprezzo” per il bene giuridico non ci trova allineati, ma per il resto, l'orientamento seguito appare più vicino al vero delle tesi obiettivo-impersonali.

¹⁴⁷Nella lettura di S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 32 ss., 47 (“è necessario, cioè, appurare, se il rischio è stato accettato per pura imprudenza, leggerezza, trascuratezza, indolenza od, invece, a seguito di un bilanciamento, di una valutazione di interessi, quale “prezzo” per il raggiungimento di uno specifico risultato intenzionalmente perseguito”) non è tanto il dolo eventuale a richiedere direttamente l'analisi motivazionale, quanto la colpa cosciente: il dolo eventuale appare più razionale-economico-calcolatore-intellettualistico, un bilanciamento economico deliberato del “prezzo”. Sennonché, per decidere se non sia colpa, si dovrà appurare che quel calcolo non sia dipeso, o non sia sovrachiaro, da fattori legati alla personalizzazione della colpa. L'aspetto motivazionale rimane nascosto tra le pieghe del versante negativo della prova del dolo eventuale.

¹⁴⁸G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, parte gen.⁴, cit., 311 s. (§ VIII, 3.8.3).

¹⁴⁹M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 323 ss.; P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 135 ss.; M. RONCO, *Dolo, preterintenzione e colpa*, cit., 448 ss.; G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, cit., 447, 486 ss. V. pure F. VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., § 3.3. R. BARTOLI, *La prova delle componenti psichiche*, cit., 231.

¹⁵⁰Per chi dubita che si possa valutare la motivazione senza considerare la personalità, va detto che queste indagini non possono evitare ogni rischio, ma prevenirlo si: se, per essere più sicuri, si preferisce che il modello del diritto penale sia il diritto amministrativo, dovremo costruire paradigmi come le figure sintomatiche dello sviamento o dell'eccesso di potere. Ma allora potremo anche fare a meno di tante garanzie del penale (principio di colpevolezza *etc.*), che in tanto ci sono, in quanto esso è umanisticamente più vicino alla persona. Nel senso che nel dolo eventuale abbia rilevanza anche l'analisi delle circostanze relative alla persona dell'agente, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, parte gen.⁴, cit., 311 (§ VIII, 3.8.3).

¹⁵¹Per la distinzione fondamentale del piano della tipicità soggettiva rispetto a quello della colpevolezza, sotto il profilo indicato, si consenta di rinviare soprattutto ai lavori cit. *supra*, a nota 102, nonché a M. DONINI, *Lelemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 124 ss., spec. 147 ss.

¹⁵²Sul caso Lucidi v. *supra*, nota 119.

¹⁵³Sul caso Lucini v. *supra*, nota 41.

¹⁵⁴Sul caso Vasile v. *supra*, nota 121.

¹⁵⁵Il caso Nocera è quello giudicato dalle le SS.UU., 26 novembre 2009, n. 12433 sulla ricettazione, cit. Il fatto riguardava una persona che aveva utilizzato una Viacard rubata e sosteneva che gliela aveva venduta presso un autogrill uno sconosciuto, che era rimasto senza benzina e con poco denaro.

¹⁵⁶E' il caso del tifoso laziale ucciso dal poliziotto Spaccarotella che sparò verso l'auto dei corissanti, ad altezza dei passeggeri. Sentenza di assoluzione in primo grado e di condanna in appello, confermata in Cassazione (Sez. I, 14 febbraio 2012, n. 31449). Cfr. la prima decisione assolutoria di Ass. Arezzo, 14 luglio 2009, in *Corr. Merito*, 2009, 1239 ss., con nota di L. Beduschi.

¹⁵⁷Nel Caso Thyssen-Krupp (Corte d'Assise di Torino, 15 aprile 2011 (dep. 14 novembre 2011), Espenhahn e altri, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2011, si è data una risposta positiva in relazione al fatto dell'a.d. della società che nello stabilimento di Torino aveva deciso di rinviare

nel caso Ignatiuc¹⁵⁸, ma anche nella Cassazione sul caso Mega¹⁵⁹, per citare solo alcune più recenti decisioni. In queste sentenze, soprattutto nel vaglio finale di Cassazione, ma spesso anche nel merito, si è arrivati a un accertamento in positivo, secondo i giudici, vuoi del dolo eventuale, vuoi della sua esclusione, valorizzando gli aspetti motivazionali della decisione. E anche se questo vaglio, rimanendo rigorosamente nel solco del diritto penale del fatto e non della personalità o dell'autore, fosse processualmente impossibile o dubbio, con esito residuale di un addebito di colpa "per esclusione", nondimeno esso "passerebbe" comunque attraverso un percorso analitico di colpevolezza (motivazionale).

16.3. Così, invece, **non** si è deciso, allorché si è voluto basare la condanna su ipotesi di mero rischio, di presunzione di dolo e di messaggio generalpreventivo¹⁶⁰. **Non si è considerata la motivazione**, a favore di applicazioni oggettivistico-presuntive del **dolo come rischio** nella **giurisprudenza di merito** che, in varie sentenze, spesso annullate in sede di legittimità, ha desunto il dolo eventuale dalla paradigmatica situazione di rischi gravi affrontati senza adeguate cautele o ragionevole fiducia: peraltro applicando la **tralattoria ed erronea tesi dottrinale** che per la colpa con previsione (art. 61, n. 3, c.p.) esigerebbe la **certezza o la sicura fiducia di evitare l'evento**¹⁶¹.

L'attuazione di un piano di sicurezza antincendi, per una scelta economica che sacrificava le ragioni della sicurezza del lavoro rispetto a quelle del profitto. La condanna per omicidio doloso rispetto alla morte di sette dipendenti a seguito d'incendio ha adottato un percorso motivazionale individualizzante già in primo grado. Si trattava di vedere se il materiale probatorio supportasse una decisione così "rivoluzionaria". In contesto d'impresa lecita, infatti, l'imputazione di omicidio doloso esige livelli di analisi motivazionale che non possono fermarsi alla logica del profitto, dovendo il pericolo dell'evento essere valutato molto in concreto in rapporto alla percezione e alla decisione dell'imputato: infatti, la prospettiva dell'effettivo verificarsi di un certo tipo di eventi (vari morti) come nel caso Thyssen-Krupp, e con costi economici e non solo umani altissimi, appare comunque destabilizzante per l'impresa e tale da rendere problematica una loro lucida accettazione "ad ogni costo". Cfr. G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., 1 ss.; L. MONTUSCHI, F. SGUBBI, *Ai confini tra dolo e colpa. Il caso Thyssenkrupp*, in *ius17unibo.it*, n. 2/2009, 183 s.; E. BELFIORE, *La responsabilità del datore di lavoro e dell'impresa per infortuni sul lavoro: i profili di colpevolezza*, in *Arch. pen.*, 2011, 5 ss.; G. MARRA, *La prevenzione degli infortuni sul lavoro e il caso Thyssen-Krupp*, Urbino, 2012; R. BARTOLI, *Il dolo eventuale sbarca anche nell'attività di impresa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 705 ss.; il numero monografico di *Questione Giustizia*, n. 2/2012; nonché la sezione di *Legislazione pen.*, 2012, 529 ss. dedicata alla sentenza. La **decisione di secondo grado** (Ass. App. Torino, 28 febbraio 2013, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 923 ss., con commento di M.N. MASULLO, *ivi*, 929 ss.), applica di fatto la formula di Frank, escludendo il dolo eventuale dell'imputato perché in caso di certezza dell'evento non avrebbe avuto senso per lui agire come fece: "accettando il verificarsi degli eventi, Espenhahn non solo non avrebbe fatto prevalere l'obiettivo perseguito ma avrebbe provocato un danno di tali dimensioni da annullarlo e soverchiarlo totalmente. Qui non si tratta dunque di un caso in cui l'evento previsto è raffigurato come un prezzo da pagare per il raggiungimento dell'obiettivo, bensì di una vicenda in cui la verifica dell'evento diventa la negazione dell'obiettivo perseguito". Cfr. una sintesi della motivazione in S. ZIRULIA, *ThyssenKrupp: confermate in appello le condanne, ma il dolo eventuale non regge*, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2013, spec. § 8. In più ampio contesto, v. S. RAFFAELE, *La seconda vita del dolo eventuale*, cit., 1077 ss. V. pure sulla decisione d'appello, con diverse posizioni sulla valutazione della "ragionevolezza" o persuasività del convincimento di poter evitare l'evento, R. BARTOLI, *Ancora sulla problematica distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nel caso Thyssenkrupp*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2013; D. PIVA, *"Tesi" e "antitesi" sul dolo eventuale nel caso ThyssenKrupp*, in *questa Rivista*, 2, 2013, pp. 208 ss.; P. ASTORINA MARINO, *Waiting for the Miracle? Ragionevolezza e speranza nel caso Thyssen: dal dolo eventuale alla colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1565 ss.; M.N. MASULLO, *Il commento*, cit., 929 ss.; G. DI BIASE, *Thyssenkrupp: verso la resa dei conti tra due opposte concezioni del dolo eventuale?*, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2013.

¹⁵⁸Cass., Sez. I, 1° febbraio 2011 n. 10411, Ignatiuc, con ampio ricorso alla prima formula di Frank (interpretata in senso responsabilizzante), in *Dir. pen. cont.*, 21 maggio 2011, con nota di A. AIMI, *Fuga dalla polizia e successivo incidente stradale con esito letale: la Cassazione ritorna sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente*. La Cassazione annulla con rinvio la riforma in appello del caso Ignatiuc (dolo eventuale in primo grado, colpa con previsione in appello), riguardante il tentativo di sfuggire a un controllo di polizia con corsa nel centro di Roma superando vari incroci col semaforo rosso a velocità superiore ai 100 km/h, e schianto finale contro automobili i cui passeggeri rimanevano in tre feriti e uno ucciso. V. sulla tematica anche la letteratura cit. *supra*, a nota 121. Nella **sentenza di rinvio** (Ass. App. Roma, 2013), che ribadisce il dolo eventuale, è apparsa decisiva la valutazione "negativa" del movente di sfuggire alla Polizia "ad ogni costo".

¹⁵⁹Nel caso Mega (Cass., sez. I, 5 aprile 2013, n. 20465, che annulla con rinvio Ass. App. Milano, 1 febbraio 2012, imp. Mega, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2012, con nota di AIMI) la Corte di Cassazione, anche se con argomentazione troppo sommaria, esclude che la motivazione del soggetto possa sorreggere l'ascrizione a dolo del fatto ricostruito: nel giudizio di merito, infatti, si è giunti a sostenere che chi decide di guidare un'autovettura avendo la patente sospesa, e ha fatto uso di sostanze stupefacenti (una "canna") e di una pastiglia di Xanax, si rappresenta e accetta per ciò solo il rischio di provocare qualsiasi incidente, grave o lieve, con la propria condotta di guida successiva, così introducendo in via giurisprudenziale il delitto di omicidio stradale "doloso" in presenza di colpa neppure gravissima. Risulta che l'imputato, in una notte di forte pioggia si era posto alla guida in quelle condizioni allo scopo di recarsi presso un ospedale per assistere un amico la cui madre stava morendo e aiutarlo anche per gli aspetti conseguenti, essendo egli dipendente di una ditta di pratiche funerarie. Secondo la Corte di appello, che aveva riformato la condanna per omicidio colposo di primo grado in sede di rito abbreviato, l'imputato «si era messo alla guida in uno stato d'inidoneità totale a controllare le varie evenienze che si presentano in un percorso di guida», rivelando un atteggiamento di accettazione di qualsiasi evento, indiziato dalla mancata considerazione del precedente incidente (senza danni alle persone) occorsogli alcuni mesi prima allorché si era sentito male per l'assunzione di stupefacenti e mentre sopraggiungeva in ospedale aveva urtato un veicolo fermo al parcheggio. V. sul punto i rilievi critici di F. VIGANÒ, *Il dolo eventuale*, cit., § 2.1.

¹⁶⁰Per una preoccupante analisi di questa casistica, soprattutto nelle ipotesi di **colpa stradale**, v. in particolare i lavori citati *supra*, a nota 121.

¹⁶¹Per una ben diversa valutazione del dubbio, dopo le SS.UU. Nocera, cit., v. ora, per es., Cass., sez. IV, 5 settembre 2013, n. 36399, Pres. Sirena, est. Dovero, imp. M., dove, in sentenza di annullamento in caso di omessa vigilanza in caso di abusi sessuali e maltrattamenti in ambito sanitario, ritenuta incompatibile con una "decisione per illecito" tipica del dolo eventuale, si precisa al § 5.4: "Il dubbio descrive una situazione irrisolta, perché accanto alla previsione della verificabilità dell'evento vi è la previsione della non verificabilità. Il dubbio corrispon-

16.4. Ricapitolando il già detto, a *livello di azione*, dunque, il fatto commesso con dolo eventuale è ancora teoricamente compatibile con la colpa (la colpevolezza della colpa). Ci può ben essere un fatto obiettivo tipicamente doloso (a livello di condotta esterna) commesso con dolo intenzionale o diretto: ma non c'è un fatto tipicamente doloso commesso con dolo eventuale, perché sarebbe almeno dolo diretto.

16.5. Ciò significa che la **tipicità oggettivo-soggettiva** del dolo eventuale (il dolo come elemento soggettivo del fatto tipico, il dolo come «azione») non pare separabile da un giudizio di **colpevolezza** (inteso in generale come analisi della normalità del volere e sua motivabilità normativa), e dunque **questa tipologia di dolo sembra mettere “in crisi” ogni sistematica post-welzeliana** (“separatista”, che separa fatto doloso e colposo dall'origine, ma anche il dolo dalla colpevolezza) e **viceversa portare argomenti a favore di alcuni profili di verità della sistematica classica** che non distingue(va) tra elemento soggettivo e colpevolezza¹⁶². **Ma la distinzione rimane**, perché l'aspetto motivazionale serve (insieme ad altri indicatori) per provare il dolo come tipicità soggettiva colpevole. Essa non presenta però valore generale, così come il dolo eventuale non ha un valore paradigmatico generale¹⁶³.

16.6. Un'ulteriore differenza, appena segnalata in precedenza, s'impone. **Il dolo intenzionale e quello diretto, anche se più gravi del dolo eventuale, non esigono necessariamente un'analisi motivazionale** (*ci si può limitare al “fine”, anziché al “movente”*), **mentre il dolo eventuale sì**. Per queste ragioni, si tratta di un accertamento più difficile, e se vogliamo più “estremo”: tutto il contrario di ciò che sta accadendo nella prassi.

Se io non so *perché* Tizio ha agito in un certo modo, dalla ricostruzione di ciò che si è rappresentato non riesco a trarre argomenti sufficienti per desumere il dolo eventuale, anziché la colpa con previsione, a meno che non sia di fatto un dolo almeno diretto, con probabilità altissima, quasi totale, del danno. Non avendo invece argomenti per sostenere il dolo eventuale, dovrei adottare la formula della scelta processualmente più favorevole e dunque un giudizio di colpa, che a questo punto appare – per esclusione – processualmente più facile.

17.

Rifiuto del modello oggettivistico e definizione del dolo eventuale in quattro punti

17.1. Alla luce di quanto detto, possiamo concludere che il dolo eventuale rappresenta **un vero banco di prova e anche un momento di crisi per l'oggettivismo** tipico della cultura penalistica italiana del secondo dopoguerra e per quella d'Oltralpe degli ultimi lustri, che vedono or-

de ad una condizione di incertezza, che appare difficilmente compatibile con una presa di posizione volontaristica in favore dell'illecito, ad una decisione per l'illecito; ma che ove concretamente superato, avendo l'agente optato per la condotta anche a costo di cagionare l'evento, volitivamente accettandolo quindi nella sua prospettata verifica, lascia sussistere il dolo eventuale (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 30472 del 11/07/2011, Rv. 251484, Braidic”).

¹⁶²Nel sistema classico, si voleva distinguere rigidamente *sempre* prima l'oggettivo e il soggettivo, il fatto e l'antigiuridicità. Dopo Welzel e il finalismo, si è diffusa quella che in Italia è stata in seguito definita costruzione separata delle fattispecie, che differenzia già a livello obiettivo *sempre* la condotta dolosa da quella colposa, ma separa anche l'illecito (oggettivo-soggettivo) costituito da condotta dolosa o colposa e assenza di scriminanti, e la colpevolezza, costituita da imputabilità, conoscibilità della legge penale, motivabilità per effetto delle norme e assenza di scusanti. Tutte queste rigide separazioni sono però arbitrarie e conoscono varie difficoltà sistematiche. Con riferimento specifico al **dolo eventuale**, poi, trova conferma una vecchia critica di Karl ENGISCH a Hans WELZEL (K. ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, in *Fest. Kohlrausch*, de Gruyter, Berlin, 1944, 155 s.; ID., *Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition*, in *Fest. Welzel*, de Gruyter, Berlin-New York, 1974, 367 s.) che contestava la possibilità di distinguere il fatto del dolo eventuale da quello della colpa cosciente su basi oggettive o di condotta, e traeva da ciò un argomento per sostenere il sistema classico, cioè l'idea che l'illecito oggettivo viene prima del dolo e della colpa come elementi soggettivi. La critica di Engisch va peraltro ridimensionata nella lettura che ne darà Wilhelm GALLAS (*Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, in *ZStW*, 67, 1955, trad. it., *Sullo stato attuale della teoria del reato*, in *La Scuola Positiva*, 1963, 3 ss., spec. 47 s. v. sul punto M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 323, n. 70) che parlava di un “*Schönheitsfehler*”, di un piccolo errore nella sistematica del finalismo: appunto per la necessità di definire il dolo eventuale (ma non il dolo in generale!) senza potere separare illecito e colpevolezza (come voleva il finalismo), in quanto nel dolo eventuale (ma non nel dolo in genere o nella colpa in genere) ci sarebbe posto solo per un elemento soggettivo già segnato da una dimensione colpevole, e non valutabile a prescindere da essa. Senza che da ciò si possa dunque desumere *a contrario* che sempre l'elemento soggettivo coincide con la colpevolezza, e che il dolo del non imputabile, per es., non esiste, perché non essendo colpevole, non sarebbe neppure dolo. Più esattamente, a nostro avviso, si può dire che nel dolo eventuale siamo in presenza di **elementi di colpevolezza che entrano nella prova dello stesso fatto doloso**.

¹⁶³Il dolo eventuale, quale figura di confine, è del resto solo uno degli esempi che si oppongono a ogni sistematica del tutto separatista, che vorrebbe ipotizzare che dolo e colpa sono due fatti che non possono aver mai qualcosa di “oggettivo” in comune. Ne esistono altri. A livello

mai solo “fatti” dolosi, situazioni obiettivamente paradigmatiche di *dolus in re ipsa*: l'apparente garantismo di questo oggettivismo che dice di non indagare l'anima, che promette certezze e descrizioni “sincere” della prassi, senza il velame e le ambiguità dei motivi, ci ha indotti – anziché a un sano *self-restraint* – a estendere il dolo eventuale senza possedere più la cultura dell'accertamento soggettivo personalizzato nell'indagine sulle motivazioni. Ne è derivata, con la “certezza” che il dolo non c'è più¹⁶⁴, un'estensione del dolo eventuale “paradigmatico”, e dunque della responsabilità su basi di mero rischio.

17.2. La giurisprudenza sul rapporto fra dolo diretto ed eventuale è illuminante.

Per anni le Sezioni Unite (*supra*, § 14.7), al fine di giustificare *d'emblée* ipotesi di dolo eventuale nel tentativo, “declinandolo” come dolo diretto, hanno detto che quando l'evento è non solo certo, ma anche significativamente probabile, non occorrerebbe accertare ciò che il soggetto ha realmente voluto, se abbia davvero “accettato” l'evento o il rischio: in questi casi, in realtà, *il dolo sarebbe “diretto”, come tale oggettivato nella probabilità del fatto. Un dolus in re ipsa, in pratica*¹⁶⁵.

17.3. Per tale ragione, ci è parso di dovere salutare con favore **le Sezioni Unite in materia di ricettazione** (SS.UU., n. 12433/2012, Nocera, cit.), che hanno riesumato la formula di Frank, la quale è così psicologicamente volontaristica da lasciare in ombra il fatto che il suo fondatore fosse un esponente della teoria della rappresentazione nel dolo: anche se con tale decisione si adottava una soluzione **di più difficile gestione probatoria che non seguendo la soluzione** – che anche noi avevamo patrocinato¹⁶⁶, e che continua ad apparirci la più “pragmatica” e foriera di *certezza processuale* – **di ritenere di fatto preclusa l'imputazione della ricettazione con dolo eventuale**, per l'esistenza della contravvenzione “confinante” di incauto acquisto, che già implica compravendite del tutto consapevoli e quindi troppo «al confine» col dolo eventuale sui presupposti (illeciti) della provenienza della cosa¹⁶⁷.

17.4. Non molto diversa dalle “vecchie” **Sezioni Unite sul dolo diretto** (*supra*, § 14.7), invece, è la giurisprudenza assai più recente e già ricordata (*retro*, § 7), che ha fatto leva sull'esistenza di **segnali di allarme**, che indizierebbero il dolo eventuale in assenza della possibilità ragionevole del soggetto di “confidare” su situazioni che neutralizzino il rischio. I segnali di allarme altro non sono che indizi: da soli non provano ancora nulla se non un rischio.

Non dissimile neppure l'orientamento, parimenti ricordato (*retro*, § 14.5), che richiede che il rischio sia accettabile da parte di *una persona “ragionevole”*. L'uomo ragionevole è parametro tipico di una valutazione di colpa. Accettare un rischio irragionevole o in modo che una persona ragionevole neppure lo prenderebbe in considerazione, significa individuare un parametro di sconsideratezza, vale a dire di colpa grave, non necessariamente di dolo (eventuale).

17.5. Possiamo pertanto concludere con **una definizione: il dolo eventuale**, a livello soggettivo e di colpevolezza, ricorre quando il soggetto attivo *non agisce con lo scopo di realizzare il fatto o l'evento lesivo, e non ha neppure nessuna certezza che questo si verifichi, ma:*

- a) **prevede l'evento concreto**, e pur in presenza di un
- b) **rischio oggettivamente grave**,
- c) **percepito** come tale, nondimeno assume una decisione che
- d) **asseconda il piano dell'illecito**, valutandolo (l'illecito, non il rischio) come un “prezzo”

di elemento oggettivo, tutta la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento è una testimonianza di ciò, essendoci un “oggettivo” comune a dolo e colpa e un “oggettivo” che è la oggettivizzazione specifica del dolo o della colpa nella loro condotta tipica. *Amplius* M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento* (dir. pen.), in *Enc. dir., Annali* III, 2010, 635 ss., 670 ss.

¹⁶⁴Cfr. C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1265 ss.

¹⁶⁵Sono le già menzionate Cass., Sez. Un., 14 febbraio 1996, Mele, in *Cass. Pen.*, 1996, 2506 ss., n. 1419; Cass., Sez. Un., 12 ottobre 1993, in *Cass. Pen.*, 1994, 1186 ss., n. 685, in tema di dolo diretto e delitto tentato (*supra*, § nota 124). Su tentativo e **dolo alternativo** v. *infra*, nota 173.

¹⁶⁶M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. “Culpa iuris” e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, cit., 252 ss.

¹⁶⁷Può forse bastare questo rilievo come replica alle accuse di incoerenza che ci muove, a tale proposito, A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale*, cit., 217 s. Non si è ritenuto di insistere sulla nostra coerenza e “buttare a mare” la profonda innovazione (e la felice contraddizione) delle Sezioni Unite rispetto alle precedenti letture del dolo diretto... Però Manna non ha torto. L'entusiasmo per la svolta psicologica delle Sezioni Unite, ci ha fatto dimenticare di ribadire che la tesi sconfessata dalle SS.UU., nella fattispecie – cioè la configurabilità della ricettazione solo con dolo diretto o intenzionale –, rimane la più gestibile sul piano pratico, anche se un impiego rigoroso della formula di Frank può condurre negli esiti, presumibilmente, a simili applicazioni.

accettabile per realizzare gli scopi perseguiti¹⁶⁸.

17.6. Chi prevede un ferito e ne cagiona cinque **non prevede l'evento concreto**: ne prevede uno su cinque. Qui non è in gioco l'identità della vittima o l'intensità del risultato, ma l'identità stessa dei fatti tipici. Però questa ricostruzione dell'evento concreto dipende dalla fattispecie. **In un delitto di pericolo comune** contro incolumità e salute pubbliche, il numero e l'identità di eventuali persone offese non rileva ai fini dell'esistenza della fattispecie, mentre in un delitto (in più...delitti) contro la vita o l'incolumità individuale si¹⁶⁹.

Né può dirsi che l'evento concreto debba essere egualmente ricostruito ai sensi del dolo eventuale e della colpa con previsione: il dolo, infatti, contiene sempre più rappresentazione della colpa, che potrebbe, proprio a causa della "rimozione" o "sottovalutazione" del rischio, indurre a sottostimare la portata dell'evento pur preveduto.

17.7. Detto rischio è "grave" quando sussiste una **probabilità elevata** che si realizzi l'offesa, secondo la normale esperienza di un soggetto esperto. Non è un parametro di colpa, ma risulta facilmente traducibile in una definizione di imprudenza grave. Il rischio non è necessariamente irragionevole, ma non basta la probabilità o la possibilità.

17.8. Il soggetto non si decide "per" l'illecito, ma lo asseconda, appunto. E' pur sempre un risultato indiretto.

C'è sempre un "piano dell'illecito", di tipo strumentale o complementare, anche se non è quello voluto come scopo, che può essere costituito anche da un obiettivo lecito.

Dentro alla motivazione di una decisione che "asseconda" il piano dell'illecito ci può essere *indifferenza, disprezzo, calcolo, vana speranza, determinazione "ad ogni costo"*, (non solo a costo del verificarsi dell'evento lesivo).

Non basta la mera cecità: l'acceccamento che, dalla tragedia greca in poi, può qualificare la colpa, quella sua estrema realtà così umanistica che non si lascia ingabbiare nelle formule geometriche dell'agente-modello e dell'inosservanza di cautele, che pure trovano applicazione. Sono forme del volere diversamente qualificate. **Per questo non è convincente una formula unica, che rinunci ai diversi indicatori**. Il soggetto ha quindi *chiara consapevolezza del rischio* del risultato lesivo, ma questo non gli viene ascritto a dolo solo perché egli se lo è più o meno perfettamente rappresentato, bensì **a condizione che la sua scelta sia stata ponderata** (difficile in stati emotivi e passionali, più consoni alla preterintenzione una volta che si ricostruiscono almeno atti diretti a ledere o percuotere) **e abbia deciso di compiere l'azione accettando pienamente il prezzo del verificarsi dell'offesa¹⁷⁰**. Occorre perciò una piena valutazione della probabilità dell'offesa, e una decisione contro la salvezza del bene che rimane sacrificato, accertata alla luce di **una pluralità d'indicatori**.

17.9. **Se bastasse la (prima) "formula di Frank"** si potrebbe diminuire il livello di rischio (mera *possibilità*, per la tradizione), accentuando il dato volontaristico che compensa quella carenza oggettiva, in chiave un po' moralizzante, ma *con costi di prova processuale fortissimi*; mentre se si alzasse troppo quest'ultimo (rischio folle, inconcepibile, inaffrontabile, irragionevole *etc.*), si appiattirebbe il dolo eventuale soprattutto su soluzioni di tipo oggettivo-sconsiderate, di fatto sminuendo il significato della decisione soggettiva. **Solo un equilibrio tra le due**

¹⁶⁸Per una **diversa formulazione, de lege ferenda**, che si attesta sulla "accettazione" del fatto tipico, ma in presenza di un rischio non considerabile da persona "coscienziosa ed avveduta" della cerchia dei rapporti a cui appartiene l'agente, v. S. CANESTRARI, *La definizione legale*, cit., 944. V. sui **progetti di riforma** il successivo § 18.

¹⁶⁹Sull'importanza della concretezza della rappresentazione del fatto nel dolo eventuale v. la ricostruzione di G. DE FRANCESCO, *Il mistero del dolo eventuale*, cit., 1974 ss., 1979 ss., anche con riferimento ai diversi contesti criminosi o situazionali.

¹⁷⁰Evidenzia opportunamente la rilevanza del bilanciamento consapevole tra beni nel processo motivazionale, in vista della prospettiva di un "prezzo" costituito dall'offesa, S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 32 ss., 47. In senso analogo, ora, illustrando i percorsi di varia e recente giurisprudenza, F. VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., § 3.3. L.A., peraltro, valorizza poi soprattutto la prima formula di Frank, più e oltre che l'analisi della motivazione, perché quest'ultima ha condotto anche alla punibilità di situazioni – come nel caso dell'impresa, compreso il caso ThyssenKrupp – dove ripugna, a suo avviso, al senso comune una declinazione dei fatti come omicidi volontari. La prima formula di Frank eviterebbe tali esiti. La prima formula di Frank, però, è compatibile anche con la mera *possibilità* dell'evento (di qui la *limitazione oggettiva* di un rischio molto serio, indicata nel testo); non è del resto davvero probatoriamente gestibile, quella formula, senza considerare gli altri indicatori presenti nel processo motivazionale (di qui la sua *insufficienza soggettiva*) e non è completamente *ex ante* (come chiarito nel testo), si da dover esser misurata con quanto accaduto *a posteriori*, con tutte le problematiche di gestione che ciò comporta.

soluzioni appare realizzare un giusto bilanciamento di valori¹⁷¹ e tener conto delle diverse motivazioni possibili di disprezzo, calcolo, indifferenza: irriducibili a un *unicum* denominatore con le altre forme di dolo diretto di primo grado (intenzione) e di secondo grado (dolo diretto in senso stretto)¹⁷², e con la forma complessa del **dolo alternativo** (e indeterminato), la quale contiene e arricchisce il dolo eventuale¹⁷³.

Ciò che manca al completamento di questa soluzione dottrinale, di per sé autosufficiente, è un'indicazione legislativa che si lasci alle spalle l'idea che anche un evento "possibile" possa essere processualmente accertato, in modo utile e quotidiano, come commesso con dolo eventuale. Saggiamone i percorsi di riforma.

18. Progetti di riforma, illecito del dolo eventuale e ruolo della prova controfattuale

18.1. La *via d'uscita dall'impasse* del soggettivismo delle decisioni malvage su scenari possibili è il recupero di una concezione del dolo eventuale come elemento psicologico *che si aggiunge* al dolo come elemento soggettivo fattuale, comportamentale-esterno.

La ricostruzione di una tipicità fattuale, obiettiva, del comportamento doloso eventuale con tratti autonomi di fatto tipico, dunque, non nasce da una scoperta scientifica sul dolo eventuale in sé, ma da un'esigenza di garanzia.

E' la via tracciata da tutti i progetti di riforma più recenti (Grosso, Nordio, Pisapia), i quali esigono un livello di rischio rilevante, importante, grave sul quale innestare la colpevolezza dolosa eventuale¹⁷⁴. Essa non costituisce la definizione di una soglia di "rischio doloso", ma di un rischio sotto il quale si ammette solo la colpa, per ragioni non ontologiche, ma di garanzia probatoria.

18.2. Certo, così impostato il limite obiettivo-probatorio, si può verificare che *anche l'attentatore che ha piazzato una bomba* per creare panico e disordine pubblico, sapendo che un passante avrebbe potuto morire per l'esplosione, *non risponda di omicidio con dolo eventuale*, ma di morte o lesione come conseguenza di altro delitto. Ciò *ogni qual volta l'evento indiretto sia solo possibile ma non molto probabile*. D'altro canto, il "fine di uccidere" della strage (art. 422 c.p.), che anticipa la punibilità anche alla soglia dell'attentato, differisce profondamente dal fine di "incutere pubblico timore o di suscitare tumulto o pubblico disordine o di attentare alla sicurezza pubblica" agli effetti del delitto in materia di armi di cui all'art. 6 l. 695/1967, rendendo plausibile che chi fa scoppiare una bomba possa non solo non avere il fine di uccidere, ma anche non avere il dolo indiretto di uccidere.

18.3. Il **problema maggiore** è costituito da un'altra tipologia: il caso, ad esempio, in cui un soggetto ponga in essere un "gesto" di indifferenza alla sicurezza o alla vita altrui, dal quale

¹⁷¹Ci riferiamo qui non tanto al bilanciamento d'interessi sotteso al processo motivazionale del comportamento con dolo eventuale, quanto al bilanciamento tra soluzioni oggettivistiche e soggettivistiche al problema: la storia del dolo eventuale insegna che nessuna di quelle soluzioni è mai risultata davvero unilateralmente vincente, anche se quelle di tipo oggettivistico sono forse durate più a lungo sotto mentite spoglie.

¹⁷²In altri ordinamenti, come quello tedesco e nella letteratura di lingua spagnola, il dolo diretto qui commentato è talora definito **dolo diretto di secondo grado**, perché quello **di primo grado** viene identificato con il dolo intenzionale, e quello indiretto col dolo eventuale. Per tutti, CRAMER, STERNBERG-LIEBEN, in SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB. Kommentar*²⁷, Beck, München, 2006, § 15/65 ss.; F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte gen.⁴, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, 307; E.R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho penal*, Parte gen.², Ediar, Buenos Aires, 2005, 523. V. pure la sintesi istruttiva di H. LESCH, *Dolus directus, indirectus und eventualis*, cit., 802 ss.

¹⁷³V. sul **dolo alternativo** cfr. G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, cit., 273 ss. Il dolo alternativo, secondo la giurisprudenza oggi prevalente, ammette il tentativo, ai sensi del vigente art. 56 c.p., a differenza del dolo eventuale, che lo esclude. Cfr. SS.UU., 6 dicembre 1991, Casu, in *Cass. Pen.*, 1993, 14; Cass., Sez. I, 19 novembre 1999, Denaro, CED 215251, e sul punto R. BLAIOTTA, *Art. 43*, cit., 368 ss.

¹⁷⁴**Progetto Grosso** (testo approvato il 26 maggio 2001): "Art. 27 (Dolo). Risponde a titolo di dolo chi, con una condotta volontaria attiva od omissiva, realizza un fatto costitutivo di reato: a) [omissis]; b) [omissis]; c) se agisce accettando la realizzazione del fatto, rappresentato come probabile". **Progetto Nordio** (testo licenziato nel dicembre 2004): "Art. 19 (*Reato doloso*). 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". **Progetto Pisapia** (relazione del 19 novembre 2007, testo successivamente rivisto e licenziato nel 2008): "Articolo 13 (*Dolo, colpa, colpa grave*) 1. Prevedere che: a) [omissis]; b) [omissis]; c) il reato sia doloso anche quando l'agente voglia il fatto, la cui realizzazione sia rappresentata come altamente probabile, solo per averlo accettato, e ciò risulti da elementi univoci, salva in tal caso l'applicazione di un'attenuante facoltativa". V. al riguardo M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank*, cit., 2577 s.; G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 655 ss.; G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, cit., 207 ss.

sia solo “possibile” oppure “probabile” (basta poco per la probabilità...) un evento lesivo o mortale, e consti, a posteriori, che egli agì davvero decidendo “a costo” che l’esplosione o la lesione potesse avvenire, risultandogli del tutto indifferente il verificarsi solo possibile/probabile della morte di qualcuno.

Se si esige che l’evento del dolo eventuale debba essere altamente probabile, una prova soggettiva di questo tipo diventerebbe irrilevante: sarebbe sempre colpa con previsione, essendo solo “possibile” l’evento indiretto.

18.4. **Il quesito è:** dobbiamo fare dipendere la punibilità/non punibilità per l’evento dalle dichiarazioni del soggetto, da quanto è successo nella sua mente, oppure questa prova, alla fine, appare qui irrilevante, dovendo prevalere il «**significato sociale dell’atto**»? Orbene **la risposta corretta**, a nostro avviso, è che – **salvi i casi di dolo diretto** – **possa prevalere il significato sociale dell’atto solo nella selezione negativa, in bonam partem**, perché ciò appare praticamente più funzionale alla realtà del processo penale: per evitare che ci si debba interrogare coattivamente sugli atteggiamenti interiori, col rischio di accertamenti presuntivi che si muovono sui sentieri del diritto d’autore, è più pratico stabilire una soglia che attiene essa, sì, al significato sociale dell’atto, come quella rappresentata – per il dolo indiretto¹⁷⁵ – da un rischio molto serio, da una significativa o rilevante o alta probabilità.

Potrà “disturbare” tale conseguenza al moralismo rimproverante che aleggia nella mente di alcuni giudici o interpreti, ma è un prezzo che occorre pagare alla garanzia che non si decida sul dolo eventuale muovendo da pregiudizi d’autore del tipo: l’attentatore è sempre in dolo, e così pure il prostituito o il “vizioso” infetto, ma non il marito che mente al coniuge, e lo è l’imprenditore che risparmia sulla sicurezza perché mosso da moventi di natura egoistica, mentre l’automobilista mai, a meno che non stia fuggendo dalla polizia. L’analisi motivazionale integrerà dunque altri indicatori, compresa la “**prova controfattuale**” (§ 18.7, *infra*).

Così, se taluno ha rapporti non protetti perché prova piacere a mettere a rischio la propria salute in situazioni estreme, non addosseremo questo rischio come fatto “doloso” al *partner* infetto, all’*Aids-carrier* che, portatore del virus, agisce in analoghe situazioni motivazionali, addirittura tacendo la sua affezione. Dato il basso rischio di contagio per una singola condotta non protetta, il fatto dovrebbe essere valutato normativamente tenendo presente il vecchio art. 554 c.p. all’ultimo comma (*supra*, § 3.1): può essere **che voglia soltanto il rischio**, e non l’evento, e dunque **per ragioni di garanzia** non ci affidiamo ad analisi soggettive in una situazione così indiretta e di bassa probabilità¹⁷⁶.

Ma anche chi procede a velocità irragionevole in centro urbano o in autostrada, a meno che non forzi un posto di blocco “costi quel che costi”, e così l’imprenditore che già viola l’art. 437 c.p., potrà volere un rischio generico, ma agire con rimozione colposa del rischio specifico realizzatosi, senza volere l’evento concreto, vuoi perché contrario a ogni suo interesse, vuoi perché ancora molto “distante” dalla sua concreta rappresentazione, e dunque dalla sua deliberazione.

18.5. Per il resto, alla **definizione legale** del dolo eventuale (come volizione indiretta del fatto in presenza di un rischio socialmente rilevante e rappresentato) non è possibile affidare

¹⁷⁵Nella *nostra dottrina* ricorre a volte un’**identificazione del dolo intenzionale con quello diretto** (per es. A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, cit., 261-270; F. ANTOLISEI, *Manuale*, PG¹⁶, cit., 353; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, PG⁷, cit., 311), ma a questa identificazione si oppone il fatto che nel dolo intenzionale l’evento è perseguito come scopo, mentre nel dolo diretto la diversità dello scopo (il soggetto ha uno scopo ulteriore e distinto) è compensata dal grado di probabilità della lesione prodotta, che deve essere confinante con la certezza, a differenza che nel *dolo intenzionale* dove sono rilevanti anche gli atti che si prefiggono uno scopo *soltanto possibile*. Dato che nel dolo diretto l’intenzione in senso psicologico è un’altra, c’è chi parla di dolo “indiretto” sia in relazione al dolo diretto e sia al dolo eventuale (per es. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte gen., Giuffrè, Milano 2003, 278). Però il termine dolo “indiretto” è tradizionalmente riservato, nell’uso comune della maggior parte della letteratura, al *dolo eventuale*. **In contesto internazionale il dolo diretto conosce anche altre classificazioni**. Le più rilevanti sono quelle in uso, anche se con varietà significative in letteratura, nei paesi di lingua inglese e in quelli di lingua tedesca e spagnola. Nei sistemi di *common law*, al dolo diretto corrisponde la *oblique intention*, teorizzata già nel classico studio della fine del Settecento di J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., 86. Cfr. G. WILLIAMS, *Oblique Intention*, in *Crim. Law J.*, 1987, 417 ss. Con tale espressione si evidenzia che anche quando l’intenzione non sia, in termini psicologici, quella di cagionare un evento come scopo dell’azione, se questo è la certa conseguenza della condotta, si può parlare di intenzione “obliqua”, indiretta. Nella letteratura italiana, peraltro, è del tutto prevalente l’uso del termine come sinonimo del *dolo eventuale*, al di là delle origini storiche oggettivizzanti delle dottrine del *dolus indirectus* (*retro*, § 2).

¹⁷⁶In senso conforme, ma su un caso tedesco di normale rapporto omosessuale non protetto ripetuto due volte, senza avvertire il *partner* del rischio, v. S. CANESTRARI, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 153.

troppe speranze. Molto dipende dalla gestione processuale delle formule¹⁷⁷.

18.6. Il **problema del dolo eventuale**, una volta **chiariti alcuni profili sopra illustrati**, si dimostra **soprattutto una questione di fatto e di motivazione**¹⁷⁸. Occorre verificare se c'è stato l'errore sulla causalità che è tipico della colpa, oppure se ricorre una rimozione del rischio. Ritorna a essere di diritto, quel problema, con l'aumentare delle difficoltà probatorie, in quanto si cerca nel diritto sostanziale la soluzione, o se vogliamo la scorciatoia, per la soluzione di una difficoltà probatoria (come è accaduto per varie altre questioni, a cominciare dalla causalità omissiva, da quella psichica o della partecipazione di minore e di minima importanza).

18.7. La **prova controfattuale**, recentemente riscoperta dalle Sezioni Unite e da varie sezioni semplici della Cassazione, e tornata in auge nel dibattito italiano¹⁷⁹, si dimostra per la maggior parte degli studiosi e degli operatori (solo) un ausilio argomentativo per comprovare un dolo che effettivamente è già in parte desumibile anche *aliunde*, e che se fosse dimostrabile solo attraverso di essa offrirebbe spazi difensivi esagerati per autori indifferenti e cinici. E' stato detto – contro tutta una tradizione internazionale – che essa non chiede di “valutare” il processo motivazionale dell'autore, ma solo che cosa egli avrebbe fatto in caso di certezza *ex ante* dell'evento¹⁸⁰: tuttavia, per accertare che cosa avrebbe fatto di fronte a una certezza che si ipotizza (nel processo) dopo il verificarsi dell'evento concreto, non è possibile evitare di confrontare il giudizio con il dato reale e responsabilizzante di ciò che si è cagionato e che deve essere imputato: e le motivazioni del soggetto giocheranno un ruolo inevitabile, e anzi giustamente rilevante in questo giudizio. Vero che sul piano della gestione della prova del processo motivazionale, chiedersi davvero cosa avrebbe fatto il soggetto se avesse avuto certezza del risultato, non è sempre praticabile, perché *può essere che non sappia neppure lui che cosa “avrebbe” fatto*; quel quesito, inoltre, *non funziona neppure nelle situazioni in cui le cose – viste a posteriori – “sono andate male” anche per il soggetto*, in quanto l'autore col senno di poi (immaginandoselo *ex ante*) non avrebbe corso quel rischio perché avrebbe perso la scommessa che lo ha indotto a

¹⁷⁷Per tale ragione avevamo suggerito una definizione oggettivo-soggettiva delle condizioni per la prova, del dolo eventuale: «Non può ritenersi provato il dolo eventuale, se non in presenza di un'alta probabilità oggettiva del fatto, rappresentato e accettato dall'agente in modo conforme»: M. DONINI, *Considerazioni critico-costruttive sul principio di colpevolezza* (1999), in ID., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 253 s. Avere inserito (come nei Progetti sopra riportati) l'alta probabilità o la probabilità quale requisito di rappresentazione *soggettiva*, anziché quale elemento oggettivo-strutturale del fatto doloso eventuale, significa averne previsto un *uso probatorio* per l'elemento soggettivo, ma *senza* il requisito della base oggettiva del pericolo.

¹⁷⁸Anche per la dottrina “garantista” c'è una sfida che ancora non è stata né accettata, né vinta, se mai sarà possibile. *Non possiamo continuare a dire che il dolo eventuale è possibile in contesto lecito di base, per poi negarlo quasi sempre nei casi concreti*. Occorre definire con chiarezza a quali condizioni un fatto pericoloso consapevolmente realizzato comporti anche l'adesione incondizionata a un risultato indiretto. Vero è che questo riconoscimento è problema di fatto, di prova, e riconoscerlo chiaramente in uno scritto di diritto comporta che lo studio “scientifico” di diritto sostanziale si misuri con questioni di prova, mettendo in gioco contemporaneamente *diritto penale e processo*. O meglio: diritto penale e prova dei fatti psichici. Tra gli AA. che meglio mi pare abbiano approfondito questi profili ricordo, in Italia, e da posizioni “accusatorie”, F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, cit. 465 ss., e da posizioni di maggiore equidistanza processuale, G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, cit., 186 ss., 451 ss., e in Germania, e da posizioni più garantistico-difensive, K. VOLK, *Begriff und Beweis subjektiver Merkmale*, cit., 742 ss., oltre a W. HASSEMER, *Kennzeichen des Vorsatzes*, cit.; C. MYLONOPOULOS, *Komparativbegriffe und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, cit., 77 ss., 154 ss. Totalmente dedicata a questi aspetti, con gli esiti già accennati, la monografia spagnola di R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit. V. pure le note 106-109 *supra*.

¹⁷⁹V., oltre alla fondante ricerca di Eusebi, i più recenti i lavori di Donini, Viganò, Pulitanò e Gentile cit. a nota 1. E le perplessità, tra gli altri, di Fiandaca, sempre ivi cit.

¹⁸⁰E' quanto sostiene G. GENTILE, *Op. cit.*, 34, 42, reinterpretando così precedenti letture della formula da parte di Eusebi. L'assunto però è singolare. Si noti che tradizionalmente le formule di Frank sono classificate nell'ambito delle teorie “del consenso” (“*Einwilligungstheorien*”) nel dolo eventuale (p.t. K. ENGELSCH, *Untersuchungen*, cit., 132 s., che interpreta la stessa teoria della rappresentazione nella lettura di Frank come una teoria dei motivi e dei sentimenti; H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch*⁵, cit., 302 s.) a differenza delle teorie della probabilità *etc.*, ed esse vengono solitamente criticate perché non è possibile gestirle senza rifarsi al processo motivazionale, ciò che alcuni autori, da sempre, ritengono poco sicuro e poco laico (così, per es., oltre a SAUER e PUPPE, cit. *supra* a nota 58, S. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. gen.⁸, Tecfotò, Barcelona, 2008, 10/91, citando Gimbernat Ordeig; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 14; problematicamente, E.R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho penal*, PG², cit., 525 s., con altri richiami; da ultimo, nella nostra letteratura, G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., 6, paventa il rischio di “soggettivismo valutativo e di preconcetta censura eticheggiante”). **Colpisce, anzi, la vicenda intellettuale del penalista più famoso del Portogallo: Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal*, parte geral, tomo I², cit., 374-376 (§ 13/49). Dopo aver pensato per tutta la vita (seguendo Gallas e altri) che nel dolo eventuale non si possa individuare un atteggiamento soggettivo tipico che prescindia dalla colpevolezza e dalla motivazione del soggetto (questa tesi conduce, infatti, come qui ampiamente chiarito, a “sovrapporre” – ma non a confondere, riteniamo – il piano dell'illecito con quello della colpevolezza), da qualche tempo de Figueiredo ha cambiato opinione. Egli ritiene che ci debba essere *sempre* (in termini dogmatici) un elemento soggettivo tipico *distinto* dalla sua colpevolezza dolosa, un dolo e poi, eventualmente, una sua motivazione. E proprio per tale ragione **egli afferma oggi (appoggiandosi anche a Eduardo Correia) che le formule di Frank finiscono per risolversi (“acaban por desaguar”) in un puro diritto penale d'autore, democraticamente illegittimo, del tutto inadeguato, altresì, a individuare un giudizio d'illiceità distinto da un giudizio di colpevolezza (Op.loc.ult.cit.). Queste****

correre il rischio (*esempio di Lacmann*)¹⁸¹, perché il reale corso degli eventi, pur previsto, avrebbe comunque pregiudicato lo scopo per il quale il soggetto agiva; tuttavia, al tempo del fatto può ben essere che l'autore abbia deciso di agire comunque, a quel prezzo: **proprio perché non sapeva che cosa sarebbe successo**. Né è semplice decidere quali aspetti del “senno di poi” debbano essere esclusi dalla *base del giudizio* controfattuale da compiersi *ex ante*¹⁸².

18.8. Perciò, *nei casi dubbi*, dove c'è un rischio grave e si discute se il soggetto abbia agito rimuovendo l'evento dalla sua coscienza, **il vero provino non consiste nella risposta certa a un quesito ipotetico, a un controfattuale di tipo psicologico, fra l'altro, ma a un'analisi motivazionale seria**, che il processo penale ordinario spesso non consente di realizzare. Ci manca la cultura della prova dei fatti soggettivi, ci mancano il tempo e il desiderio di approfondirne i percorsi; ci mancano i mezzi; oppure abbiamo comprensibili resistenze ideologiche e garantistiche a indagare fatti interiori. **Ma il diritto penale non è come il diritto amministrativo**. Sarà laico, ma deve indagare l'elemento soggettivo. Eppure, questo dato risulta inquietante: se dobbiamo cercare un vero “elemento psicologico” siamo disposti ad ammettere che non è pratico, non è una questione giuridica (*sic*), ma una faticosa e sempre un po' aleatoria indagine processuale. Vero è, peraltro, che **la prova controfattuale**, accrescendo gli elementi di giudizio (la sua “base”) in quanto consente di tener conto di alcuni dati verificatisi in seguito, **compensa ciò che di fortuito c'è nel disvalore di evento**: l'evento indiretto a volte non è così attivato da una condotta di “folle sconsideratezza”, ma è solo probabile, severamente indiziato, e il soggetto lo capisce bene (occorre escludere l'errore sulla probabilità-causalità tipico della colpa, dunque), però non si rende conto del tipo di evento che si potrà davvero verificare, magari più grave e incommensurabile. Solo a posteriori capisce davvero «ciò che ha fatto». Nel dolo intenzionale, se Tizio uccide per *aberratio ictus* una persona cara, anziché l'antagonista che intende offendere, ciò tradizionalmente non vale(va) a escludere il dolo. Ma egli non avrebbe mai accettato l'evento a quel prezzo. Se volessimo escludere il dolo, dovremmo valorizzare un dato verificatosi *ex post*, e metterlo nella base del giudizio, che giocoforza non sarebbe più *ex ante* a base parziale. Vero che quel dato – il rischio di colpire l'altra persona – esisteva anche *ex ante*, ma solo la prospettiva *ex post* l'ha reso davvero attuale e decisivo. Un vero giudizio di “colpevolezza per il fatto” per l'evento, dovrebbe farci ammettere che il dolo non c'è perché il soggetto non avrebbe agito, e che è una *praesumptio doli* (dolo generale!) la lettura tradizionale dell'art. 82 c.p. che accolla sull'oggetto materiale reale, l'oggetto materiale rappresentato. E' una forma di mera “imputazione a dolo”¹⁸³.

18.9. Anche nel dolo eventuale, però, **l'inclusione di elementi di questo tipo nella “base del giudizio” deve essere ammessa**, trattandosi di una volontà assimilata, analogica, indiretta,

critiche all'analisi dei processi motivazionali, tuttavia, sono eccessive, perché vedono i difetti di una cattiva gestione dell'accertamento che utilizza elementi psicologici e che ha condotto in passato la giurisprudenza a “motivare” nel senso del dolo eventuale la condanna di certi tipi d'autore, magari anche utilizzando quelle formule. Ma **in qualunque ordinamento ciò è avvenuto, anche dove (come da noi sino a poco tempo fa) non era certo in auge il loro utilizzo**. Nondimeno, è indubbio che la commistione di dati psicologici e dati esterni sia inevitabile nelle teorie del consenso e nella stessa gestione operativa delle formule di Frank, come anche nella prova del dolo eventuale in genere, **qualunque teoria sia seguita, tranne per quelle presuntivo-oggettivistiche**: in senso conforme, su quest'ultimo punto, lo stesso C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, cit., § 12/72, che pure, nella sua (diversa) più recente evoluzione, sembra orientarsi a concezioni normativo-obiettivo-paradigmatiche del dolo (*supra*, § 8).

¹⁸¹ **Lesempio di Lacmann** (LACMANN, *Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, in *ZStW*, 31, 1911, 159) è il caso del giovane che, in una fiera di paese, scommette 20 marchi con un accompagnatore che riuscirà, sparando con un fucile, a togliere una biglia di vetro dalla mano della signorina del tiro a segno, e si prefigura di fuggire tra la folla nel caso che dovesse attingere la mano o il braccio della signorina, non essendo un tiratore provetto e non restando la signorina immobile; avendo la storia un esito lesivo per il fatto che lo scommettitore fallisce l'obiettivo, colpendo la mano della ragazza – ciò che aveva messo in conto come reale possibilità, prevedendo appunto quale via di fuga avesse in tal caso –, da un lato risulta impossibile credere che avrebbe agito lo stesso sapendo del risultato che gli faceva perdere la somma pattuita, e dall'altro si è persuasi che il suo atteggiamento non sia stato di mera colpa con previsione, ma di piena “accettazione” dell'evento come più che possibile alternativa della scommessa. Su tale citatissimo esempio v. ancora oggi I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, cit., 4 s.; C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, cit., § 12/55; L. PHILIPPS, *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko*, in *ZStW*, 85, 1973, 31 s. e da ultimo G. GENTILE, *Op. cit.*, 32 ss., con altri richiami.

¹⁸² Tale aspetto è sottoposto ad analisi da parte di G. GENTILE, *Op. loc. ult. cit.*, ma gli esiti rimangono molto aperti, persuadendo che si tratti – come qui e altrove più volte ribadito – solo di una formula euristica da impiegarsi accanto ad altri, numerosi “indicatori” del dolo come decisione e volontà dell'evento: tanto più che nel concetto di dolo eventuale – come ben rileva l'A., *Op. cit.*, 34 ss. – convivono *diverse nozioni di volontà*, sia la decisione ad ogni costo, sia la decisione indifferente, sia la decisione calcolatrice. Sull'esigenza di valorizzare *tutto il contesto* del fatto per verificare la decisione v. ripetutamente gli scritti di Roxin cit. a nota 68.

¹⁸³ V. già la critica di M. ROMANO, *Contributo all'analisi della «aberratio ictus»*, Giuffrè, Milano, 1970, 45-49, e quanto osservato in M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 461 ss.; L. CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, in *Dig. Disc. Pen.*, XI, 1996, 172 s.

“estensiva”, mentre nel caso formulato dell'*aberratio ictus* un dolo intenzionale-diretto pur sempre esiste rispetto al soggetto diverso, effettivamente preso di mira come persona offesa.

Qui sorge però una difficoltà relativa all'esigenza di **escludere dalla base del giudizio** sotto-condizioni ulteriori, come quelle che hanno reso ancor più indesiderabile il corso degli eventi, e che non possono trovare ingresso in **un giudizio che resta di imputazione, e non di mera spiegazione o previsione**: so che *adesso* non lo rifaresti, ma *allora* l'avevi messo in conto!

La verità è che occorre provare *anche altrimenti* (che con un controfattuale) il fatto che al tempo della condotta il soggetto abbia deciso in quel modo, di agire a costo dell'illecito, o comunque, scommettendo anche contro gli altri o se stesso, per un prezzo che si doveva pagare. Può essere (per chi non ha letto gli atti, ma solo resoconti) che l'amministratore di ThyssenKrupp avesse cinicamente scommesso sulla pelle di alcuni lavoratori, ma questo non ce lo rivelerà mai il giudizio sui danni che avrebbe portato all'azienda stessa un evento come quello realmente accaduto, tale da “demotivare” *ogni* imprenditore. Però quel giudizio, di per sé non conclusivo, è destrutturante per l'accusa¹⁸⁴. Se non si riesce in una prova soggettiva ulteriore, il problema va serenamente risolto: *in dubio pro culpa*, con le più adatte cornici edittali.

18.10. Non c'è nulla di male ad ammettere che il dolo eventuale sottopone l'elemento soggettivo a un'analisi motivazionale scarsamente adatta al processo penale, a quello che comunque oggi possiamo gestire, mentre nel dolo intenzionale e diretto, dove il fine è ben più certo e dirimente, tali problemi sono meno evidenti. Per questi motivi il dolo eventuale deve rimanere una tipologia meno frequente e di sorvegliata applicazione. Solo se accade ciò, possiamo stare sicuri che il diritto penale rimarrà – qui, in questo specifico settore, ma ne esistono poi tanti altri delicatissimi... – uno **strumento di garanzia**, anziché convertirsi in uno **strumento di lotta** generalpreventiva, insieme al processo. Sotto il profilo della giustizia sostanziale, nessuno potrà rammaricarsi – salvo le vittime che chiedono vendetta e che dobbiamo saper controllare – del fatto che si sia applicata la cornice edittale della colpa, nella misura che sarà stato equo definire.

18.11. Le Sezioni Unite, come noto, sono chiamate ancora a pronunciarsi, e in forma più generale, sul dolo eventuale¹⁸⁵. Non ci attendiamo, peraltro, svolte rivoluzionarie in diritto dalla Cassazione, se non nel senso della migliore tradizione di richiedere comunque, nel dolo eventuale in genere, la prova rigorosa di un elemento psicologico, con qualunque indicatore o formula esso sia raggiungibile, relativo a una deliberata e consapevole decisione “ai costi” del bene giuridico sacrificato e messo severamente in pericolo dalla condotta. Ciò che dovrebbe indurre a un'applicazione più moderata di questa forma di dolo, tale da espungerla dalle no-

¹⁸⁴E se fosse morta una sola persona? Questa domanda svela che il «senno di poi» riempie legittimamente la “base del giudizio”, della valutazione del rischio *ex ante*, perché alla fine dobbiamo imputare un evento concreto, e non astratto. Se fosse morta una sola persona, la sua accettazione potrebbe apparire più plausibile. Il peso del fortuito, qui, gioca a favore (entro certi limiti) dell'autore del fatto. Se abbiamo cornici edittali congrue, possiamo accettare più serenamente questa imperfezione costitutiva dell'accertamento motivazionale, senza ricorrere a presunzioni *in malam partem*.

¹⁸⁵Una questione assai impegnativa e “generale” – quasi da legislatore o teorico generale, non da giudice che affronta pur sempre una tipologia di casi... come quella sottoposta al giudizio – quella formulata dal Primo Presidente per le Sezioni Unite: tracciare **“l'esatta linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente”** (riferimenti in *Dir. pen. cont.*, 4 dicembre 2013, *Dolo eventuale o colpa cosciente? Il caso Thyssen Krupp approda alle Sezioni Unite*). Eppure, è giusto che si sfugga alla tentazione di definizioni o soluzioni pensate *solo* per singole fattispecie o settori, e *prive di raccordo* adeguato con le categorie e gli istituti “comuni” (così, invece, le precedenti Sezioni Unite sulla ricettazione, e, al riguardo, i rilievi critici formulati in M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione*, cit., 2558 ss., 2561 s., 2582. V. pure, in merito, le osservazioni di D. PULITANÒ, *I confini del dolo*, cit., 45-47). Ma tutto ciò implica anche una doverosa avvertenza: **nella misura in cui le Sezioni Unite costruiscono definizioni molto generalizzanti, fanno più “dottrina” che non “giurisprudenza”**. Compito specifico della giurisprudenza, infatti, è pur sempre decidere singoli casi, e definire soluzioni teoriche sempre in vista dei casi decisi, non compiere ricostruzioni “di sistema” adatte al maggior numero possibile di altri casi, magari con aspetti del tutto irrilevanti nella fattispecie giudicata. Quando l'organo nomofilattico superiore allarga il più possibile il suo orizzonte non può dimenticare che è la visione tipica della dottrina quella generalizzante – e la giurisprudenza che “fa dottrina”, vale al massimo come la dottrina, sul piano epistemologico, pur non avendo le possibilità istituzionali di analisi scientifiche organizzate secondo i tempi e gli apparati gnoseologici (a cominciare dalle verifiche di testi, citazioni, comparazioni *etc.*) propri dei lavori scientifici – mentre quella del giudice rimane almeno **più individualizzante**. Del resto, non esiste una *decisione* generale, ma solo una *motivazione* generale, che diventa veicolo di molti *obiter dicta*, discorsi validi per altri casi, o magari adatti più ad altri casi. Pertanto, se una decisione molto generale non esiste (a parte quelle della Corte costituzionale), una motivazione molto generale sarà destinata a conoscere, nell'applicazione successiva, numerosi episodi di *distinguishing*, ma sarà anche esposta – tanto più se aspira ad essere “generalmente vincolante” (o se lo è anche formalmente almeno in certi casi) – al rischio di sostituirsi alla “fonte legislativa”, diventando giurisprudenza-fonte, con tutti i problemi che ciò comporta in termini di divisione dei poteri, divieto di retroattività, successione di “norme”, *etc.* *Amplius* al riguardo M. DONINI, “Disposizione” e “norma” nell'ermeneutica penale contemporanea, in *Id.*, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica*

zioni “basiche” del dolo, per collocarla più opportunamente tra le forme più problematiche e di difficile accertamento.

Anche rispetto al commento delle sentenze di merito, è sempre problematico giudicare dalla lettura della sola pronuncia di primo o di secondo grado. Le motivazioni dei giudici, lette all'interno di una sentenza, non risolvono molto. Le sentenze vanno comprese sulla base degli atti, al di là della loro motivazione. Infatti, la mera violazione di legge, o il vizio di illogicità interna della motivazione, in questi processi, produce poco in Cassazione. Occorre un sindacato sulla contraddittorietà rispetto agli atti del processo (art. 606, lett. e, seconda parte, c.p.p.). Ma la soluzione può solo produrre una nuova pronuncia di merito, ed è qui che il giudizio si falsifica o si inverte.

19. Persistenti tentazioni politico-criminali e generalpreventive. Il delitto di omicidio stradale tra democrazia penale e cultura dei media

19.1. L'estensione del dolo eventuale ai contesti leciti di base, cioè alle attività lecite, vive costantemente sotto la tentazione o il rischio di trasformare l'identità dell'elemento soggettivo in una categoria diversa, alla luce di **esigenze di prevenzione generale**: la prevenzione generale mediante il dolo eventuale non ha molto senso rispetto al rapinatore che fugge e spara, o forza il posto di blocco, ma rispetto all'automobilista spericolato sì. E' così che si sviluppa un eccesso di prevenzione generale che strumentalizza la responsabilità relativa a un fatto del passato per prevenire comportamenti futuri di terzi, accollando a un soggetto il fatto altrui. Finché ciò accadeva per i rapinatori la sensibilità comune (il sentimento di sicurezza collettivo) ne restava appena coinvolta e semmai rafforzata dal poco garantismo. Ma di fronte alla “brava gente” colpita dall'onta di un'Assise, la sensibilità muta. Se il penale è (visto come) un'arma per la lotta contro il crimine, le categorie vengono piegate a questo “scopo” di lotta dove contestare o applicare la qualificazione e la pena del dolo eventuale è “servente” rispetto a tale programma.

19.2. Questa tentazione costante collide sempre (a prescindere dai tipi d'autore) con i seguenti principi:

a) **La differenza dolo/colpa non dipende dalla prevenzione generale.** In forma di regola ermeneutica: non è possibile ritenere che si debba applicare il dolo eventuale per lanciare un monito agli imprenditori affinché rispettino le norme sulla sicurezza e la prevenzione contro gli infortuni. Non è neppure lecito ritenere che si debba scegliere la cornice edittale della colpa con previsione – là dove possibile – perché altrimenti le imprese straniere sceglierebbero di non investire più in Italia. *In entrambi i casi* si tratta di *considerazioni estranee alle logiche giudiziali corrette*. La *prevenzione generale* non è mai *scopo* della pena applicata in giudizio, *non è scopo perseguito dal giudice*, più esattamente, ma solo *funzione* politica o sociologica della pena. *Essa rimane, perciò, estranea a un discorso tecnico-giuridico* in sede applicativa¹⁸⁶.

b) **La commisurazione della pena non ammette scopi generalpreventivi.** Si utilizzano indebitamente, a tale riguardo, gli argomenti generalpreventivi. Indebitamente, perché se una persona che si è posta volontariamente alla guida in condizioni di ebbrezza uccide qualcuno senza volerlo, e poi non sconta la pena della reclusione (fino a qualche anno fa ciò appariva “normale”, in caso di prima condanna, come per un “normale” omicidio colposo, ma oggi un esito così *liberal* a qualcuno proprio non va giù: e non è, in nessuna delle due ipotesi, un'opzione di “diritto naturale!”), ciò non dipende dalla pena edittale inadeguata alla colpa – tale essendo lo stato soggettivo dell'autore – ma da difetti complessivi del sistema, ivi compresa la cultura della discrezionalità del giudice. Per ottenere *una commisurazione della pena a effetto carcere*, rispetto a soggetti che hanno agito in contesto lecito di base, occorre in Italia “impedire” al giudice di avvalersi di limiti edittali che consentano la fuga verso il basso. Per questo si propongono pene draconiane e ingiuste rispetto all'omicidio stradale (v. *infra*). Si forza, così,

alla giurisprudenza-fonte, Giuffrè, Milano, 2011, cap. II.

¹⁸⁶ *Amplius*, M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi Coppi*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, spec.

l'imputazione soggettiva del reato commesso in stato di ubriachezza, si scardina tutto il principio di colpevolezza, che presuppone il rispetto previo della responsabilità per fatto proprio: una legge che imputa per dolo o con la pena del dolo un fatto colposo viola l'art. 27, co. 1, Cost. Lo stesso esito vale per la sentenza (cioè per l'interpretazione della legge accolta in una sentenza) che produca il medesimo risultato: illegittima per violazione di legge. L'uso del diritto penale come strumento generalpreventivo, e quindi come mezzo di lotta contro fenomeni più generali, ha rappresentato una componente altrettanto qualificante e preoccupante del problema, che trasforma lo stesso giudice in un corresponsabile di progetti di lotta e prevenzione, un giudice "di scopo", che non applica le regole, ma le usa come armi, orientandole a quei fini.

c) **Le fattispecie che applicano alla colpa la pena del dolo (una cornice a quello corrispondente) sono illegittime (ex art. 3 e 27, co. 1 e 3, Cost.).** In questa area si sono mosse recenti proposte di riforma, formulate non più dai professori (questa era la stagione delle commissioni di riforma del codice), ma dai siti blog e dalle associazioni di cittadini, chiamando a raccolta adesioni di firme ispirate alla *democrazia penale dal basso*, che per lo più significa la voce delle vittime, cioè un *diritto penale vittimocentrico*¹⁸⁷.

19.3. Da tali contesti si è originata una prima formulazione di **un nuovo omicidio stradale a suo modo (per le sanzioni) preterintenzionale**, che per un evento cagionato involontariamente in condizioni di consapevole ubriachezza alla guida (fatto di base già penalmente rilevante, sia pur come contravvenzione), contemplava una pena da 8 a 18 anni: come nel progetto di iniziativa popolare per l'introduzione di un delitto di omicidio stradale (art. 575-bis), che aveva già superato le 50mila sottoscrizioni¹⁸⁸. L'intersezione e anzi la sovrapposizione tra pena del dolo e pena della colpa appare qui evidentissima.

19.4. Una *diversa*, solo meglio articolata, ipotesi di **omicidio stradale colposo aggravato** (art. 589-bis c.p.), con pene anche più elevate sino a 10 anni di reclusione nel fatto-base dell'omicidio stradale sotto l'effetto di alcool (co. 2), è invece contenuta nel **progetto La Russa**¹⁸⁹, che peraltro nelle aggravanti numerose arriva a ipotizzare prima un aumento di un terzo, e poi una pena sino a 18 anni di reclusione per la morte di più persone o la morte di una persona con lesioni a terzi. Si collegano a quest'ultimo modello recenti progettazioni dell'ultimo governo Letta che miravano, prima delle dimissioni del Presidente del Consiglio, a introdurre il delitto di omicidio stradale. La prevenzione generale rimane, in queste modellistiche, riservata al Parlamento, ma è dubbio che si mantenga *ab origine* in limiti consoni al principio di proporzione.

20. Formulazione dell'imputazione e prova del dolo eventuale

20.1. Abbiamo visto che il dolo eventuale non si può normalmente provare, e distinguere dalla colpa con previsione, senza attingere anche alla sfera dei motivi. Il fatto-illecito non lo si ricostruisce senza elementi probatori attinenti alla colpevolezza, anche se in vari casi il "contesto di base" – lecito/illecito – può agevolare da principio l'individuazione della situazione motivazionale di partenza. In ogni caso, **la colpevolezza non entra nell'imputazione processuale che è oggetto di prova, non si "sostituisce" al fatto (oggettivo e soggettivo):** essa stessa contribuisce alla prova del fatto in questo caso. Si prova il dolo eventuale saggiando *perché* si è agito in un certo modo e non solo *che cosa* ci si è rappresentati. Ciò significa che si prova una forma di colpevolezza *insieme* a una forma di condotta dolosa. La concezione analitica e la sistematica del reato (elemento oggettivo e soggettivo + colpevolezza), pur con le peculiarità del caso, rimangono confermate.

907 ss.; Id., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, spec. 1183 ss.

¹⁸⁷Di qui gli spot radiofonici neanche tanto subliminali che circolavano già qualche anno fa: sei d'accordo che chi commette omicidio in stato di ubriachezza risponda "di dolo eventuale"? Cfr. al riguardo "[Omicidio stradale, favorevoli o contrari?](#)" nel sito dell'Associazione Lorenzo Guarnieri di Firenze.

¹⁸⁸Tale Proposta di legge popolare ex articolo 71, secondo comma, della Costituzione (articoli 7, 8, 48 e 49 l. 25 maggio 1970, n. 352, e articolo 14, comma 1, l. 21 marzo 1990, n. 53) in materia di "omicidio e lesioni stradali" presentata dalla Associazione Lorenzo Guarnieri di Firenze era orientata a collocare la nuova fattispecie dopo l'omicidio doloso (art. 575-bis), non come forma autonomo di omicidio colposo aggravato.

¹⁸⁹Camera dei Deputati, Proposta di legge n 361 del 20 marzo 2013, **che prevede un complesso nuovo art. 589-bis**. – (Omicidio colposo

Ma noi non siamo entusiasti di questo esito teorico e pratico che onestamente dobbiamo riconoscere: perciò l'indicazione politico-criminale ed ermeneutica che proviene da tale esito è nel senso di una **applicazione residuale e moderata del dolo eventuale** a favore di una più larga applicazione delle ipotesi colpose¹⁹⁰.

20.2. Rimane comunque ferma la valenza garantistica dell'idea della **colpevolezza per il fatto**. Non esiste una colpa d'autore che si sostituisca a un dolo fattuale. La colpevolezza slegata dal fatto (e dal dolo fattuale, come dalla colpa fattuale) non si prova, non è oggetto di accertamento. Premessa una definizione normativa della colpevolezza come *l'atteggiamento antidoveroso della volontà, valutato nelle sue qualità e differenze psicologiche, alla luce della normalità delle condizioni personali e sociali che hanno determinato o condizionato la motivazione del soggetto nella realizzazione del fatto tipico*¹⁹¹, possiamo ribadire che **la colpevolezza non è oggetto di accertamento processuale ordinario**: si provano dolo e colpa (elementi del fatto tipico e della stessa imputazione processuale) che rispondono alle *regole di condotta* delle incriminazioni; si provano le scusanti, cioè le ipotesi che escludono la colpevolezza e rispondono a *regole di giudizio*, il vizio di mente, l'errore inevitabile sul precetto, l'errore sull'offesa-illiceità quando confina con, ma non si trasforma nell'errore sul fatto (fatto-precetto, errore sul fatto o sul precetto, a seconda dei casi), quello sulle scriminanti (esclusione della colpevolezza dolosa), lo stato di necessità scusante, le ipotesi che escludono la misura soggettiva della colpa *etc.*¹⁹². Anche nel caso del dolo eventuale, non si prova la colpevolezza, ma il dolo, la tipicità soggettiva della decisione di assecondare il piano dell'illecito, accettando il prezzo del verificarsi dell'offesa, in presenza di un rischio grave. Però, questa prova, è di regola esposta a un'analisi motivazionale che è propria dell'indagine sulle scusanti, mentre qui, invece, è compiuta per identificare e provare un elemento soggettivo tipico.

21. Una domanda finale

21.1. Dopo queste riflessioni sorge alla fine una domanda, che la cattiva coscienza del penalista ci spinge a formulare. La domanda è la seguente: abbiamo veramente bisogno del dolo eventuale? Che cosa rimane, nei numeri della prassi, di questa figura, se la riduciamo a 1) previsione dell'evento concreto; 2) rischio grave e piena avvertenza di esso, 3) condotta che "asseconda il piano dell'illecito", e 4) analisi motivazionale della decisione contro il bene giuridico, abbandonato al suo destino "costi quel che costi"?

Soprattutto se priviamo la giurisprudenza dell'arma generalpreventiva – o meglio: se la giurisprudenza deponesse quell'arma – che allarga la minaccia del dolo eventuale a tanti tipi d'autore normali e quotidiani, a cosa servirà mai il dolo eventuale, quale futuro si potrà mai preconizzare per l'evoluzione successiva?

Ma non basta.

Una volta riscoperte, nelle fattispecie più gravi, cornici edittali che avvicinano i confini sanzionatori (anche se non necessariamente quelli concettuali) tra dolo e colpa, o introdotte un paio di nuove incriminazioni mirate di colpa grave-sconsiderata in settori qualificati, è proprio necessario mantenere una categoria così piena, in fondo, di umanistica attenzione a scelte morali della persona? Il nostro tempo mostra sensibilità e cura per queste realtà? Non è più cinicamente "realista" la teoria dei segnali di allarme e del rischio irragionevole? O la teoria dei fatti già espressivi del dolo, cioè delle tipologie obiettivo-sociali che lo contrassegnano?

21.2. La **nostra risposta** a questi interrogativi è chiaramente **negativa** (v. *supra*) quanto alla riduzione del dolo eventuale a un fatto obiettivo, mentre rimane comunque **positiva** in ordine all'inevitabile mantenimento della figura del dolo eventuale, quale *forma di dolo insopprimibile con una decisione di diritto positivo*. **La sua sostituzione generalizzata con forme di sconsideratezza** vorrebbe dire estendere la base della responsabilità, nei delitti, a forme

conseguente alla violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale).

¹⁹⁰A favore di un uso "particolarmente cauto" della figura v. anche F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, parte gen.⁴, cit., 319.

¹⁹¹E' la definizione proposta in M. DONINI, L. RAMPONI, *Il principio di colpevolezza*, in A.A.V.V., *Introduzione al sistema penale*, vol. I⁵, a cura di G. INSOLERA e altri, Giappichelli, Torino, 2012, § 7 (e nelle precedenti edizioni).

¹⁹²*Amplius*, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 36 ss., 457 s., 595-599; ID., *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 151 ss.

di colpa: ciò che avrebbe l'effetto di **allargare smisuratamente la responsabilità penale in genere**. Le forme miste dovrebbero solo essere frammentarie, mentre non possono cancellare la realtà del dolo indiretto, ma solo reindirizzarla, aiutando a circoscriverla, ma senza illudersi che vi riescano più di tanto, come dimostra proprio l'esperienza italiana. Lo stesso dicasi delle cornici edittali "trasversali" tra dolo e colpa. O si abbandona tutto alla commisurazione della pena, contravvenzionalizzando la teoria del reato e riducendola a strategia solo sanzionatoria, e s'ingigantisce il ruolo discrezionale del giudice, addossandogli politiche criminali autonomamente gestite¹⁹³; oppure occorre liberarlo da un peso politicamente insopportabile e alla fine ingiusto d'ingegnere sociale delle politiche del rischio attraverso la pena criminale, chiedendogli però un impegno severo di accertamento, libero da programmi di politica criminale avanguardista. I casi difficili non sopportano i burocrati, ma certo neppure i giudici "di scopo", orientati alla politica pura.

E' in gioco una partita importante: la delimitazione della prevenzione generale nella gestione quotidiana del diritto applicato, dalla teoria della colpa, a quella della causalità a quella della pena a quella del dolo, dell'errore e all'ermeneutica in generale.

In questa battaglia ci stiamo impegnando insieme a tanti giuristi, su fronti diversi. Ma non siamo certo al termine dell'impresa.

¹⁹³ **La teoria del reato e le parti generali** sono nate proprio dal **processo inverso**: dalla riduzione di un enorme potere commisurativo giudiziale – prima che ci fossero quelle parti e quelle teorie "generali" – che viene in tal modo delimitato nelle sue politiche criminali particolaristiche e differenziate, mediante il vincolo di regole comuni di applicazione uniforme. Questa, accanto al valore conoscitivo che presentano, è la funzione storica da esse svolta, nel segno del principio di eguaglianza e trasparenza delle soluzioni nell'applicazione di categorie, principi e regole comuni.