

Università degli Studi di Parma

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Dottorato di Ricerca in

Diritto Penale

XXIII° Ciclo

**Dolo eventuale e colpa
cosciente. *Penal flavour*
del rischio assunto: un
discrimen di natura
legale o morale?**

**Coordinatore:
Chiar.mo Prof.
Alberto Cadoppi**

Dottorando:

Avv. Matteo Renzulli

***Tutor:* Prof. A. Cadoppi**

Anno Accademico 2012

INDICE

DOLO EVENTUALE E COLPA COSCIENTE. <i>PENAL FLAVOUR</i> DEL RISCHIO ASSUNTO: UN <i>DISCRIMEN</i> DI NATURA LEGALE O MORALE?.....	I
PARTE PRIMA.....	5
CAPITOLO I DOLO EVENTUALE E COLPA COSCIENTE.	1
§ - 1 INTRODUZIONE. IMPOSTAZIONE DELLA QUESTIONE. IL <i>DISCRIMEN</i> CLASSICO.	1
§ - 2 <i>EXCURSUS</i> IN ORDINE ALLE VARIE FORMULE DISCRETIVE TRA DOLO EVENTUALE E COLPA CON PREVISIONE.	16
<i>I...2.1 - Formula di Frank e teorie della rappresentazione o intellettualistiche. Criteri non appaganti.....</i>	<i>16</i>
<i>I...2.2 - Teoria dell'”operosa volontà di evitare”.....</i>	<i>27</i>
<i>I...2.3 - Panoramica sulle teorie volontaristiche e loro limiti euristici. Criteri misti.....</i>	<i>31</i>
CAPITOLO II IL <i>DOLUS EVENTUALIS</i> COME DOLO MINIMO E TESI DISCRETIVE MINORITARIE.....	49
§ - 1 L'ELEMENTO VOLONTARISTICO NEL DOLO EVENTUALE ALLA LUCE DELLA DOTTRINA SULL'ERRORE SUL NESSO EZIOLOGICO.....	49
§ - 2 TEORIE DI DOTTRINA MINORITARIA.....	54
PARTE SECONDA.....	60
CAPITOLO I <i>RISIKOTHEORIE</i>	62

§ - 1 PROBLEMATICHE DELL'ACCERTAMENTO DEL DOLO EVENTUALE SECONDO I CRITERI VOLONTARISTICI E DISTINZIONE DEI TIPI DI RISCHIO, DOLOSO E COLPOSO ALLA LUCE DELLA SISTEMATICA TRIPARTITA.	62
§ - 2 IL RISCHIO PENALMENTE RILEVANTE COME DATO OMOGENEO.	67
§ - 3 RISCHI INTRINSECAMENTE DOLOSI ED INTRINSECAMENTE COLPOSI.	73
§ - 4 IL <i>DISCRIMEN</i> FONDATO SUL CONTESTO IN CUI INSISTE LA CONDOTTA DEL REO: RISCHIO BASE CONSENTITO E NON CONSENTITO.	80

CAPITOLO II **IL DOLO EVENTUALE**
E LA COLPA CON PREVISIONE NELLA GIURISPRUDENZA PIÙ
RECENTE E SALIENTE **92**

§ - 1 IL CASO DI TRASMISSIONE DEL <i>VIRUS</i> HIV DA PARTE DEL SOGGETTO INFETTO CHE INTRATTENGA RAPPORTI SESSUALI NON PROTETTI CON UN PARTNER SANO, IGNARO DEL PERICOLO.	92
§ - 2 IL CASO DI SINISTRO STRADALE MORTALE CAUSATO DALLA VIOLAZIONE DEL SEGNALE SEMAFORICO ROSSO.	106
§ - 3 IL RECENTISSIMO CASO CHE HA COINVOLTO LA <i>THYSSENKRUPP</i> A TORINO.	126

PARTE TERZA **139**

CAPITOLO I **LA *DISTINCTIO* TRA**
DOLO EVENTUALE E COLPA CON PREVISIONE ALLA LUCE
DELLA DOTTRINA DELLE *KULTURNORMEN*..... **140**

§ - 1 <i>DOLUS EVENTUALIS</i> , <i>RICHTERRECHT</i> E NORME DI CULTURA. .	140
---	-----

§ - 2 IL *DISCRIMEN* TRA DOLO EVENTUALE E COLPA COSCIENTE ALLA
LUCE DELLA DOTTRINA DELLE *KULTURNORMEN*. 152

**CAPITOLO II CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE E
PROSPETTIVE DE *LEGE FERENDA*157**

§ - 1 IL *DOLUS EVENTUALIS* COME CATEGORIA RESIDUALE..... 157

§ - 2 PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO*. 167

BIBLIOGRAFIA.....174

PARTE PRIMA

CAPITOLO I

Dolo eventuale e colpa cosciente.

§ - 1 Introduzione. Impostazione della questione. Il *discrimen classico*.

“*Quale canzone cantassero le sirene, o quale nome si fosse dato Achille quando si nascondeva tra le donne, per quanto questioni enigmatiche, non sono al di là di ogni possibile congettura*”¹, Sir THOMAS BROWNE. Questo è il suggestivo esergo utilizzato dal celebre scrittore nordamericano EDGAR ALLAN POE quale mistica introduzione al racconto “*The Murders in the Rue Morgue*” (1841)². La provocazione del dotto Browne è utilizzata da Poe per presentare - prima ancora dell'*incipit* del racconto - le straordinarie capacità analitiche del protagonista, *monsieur C. Auguste Dupin*, l'incredibile investigatore deduttivo, dai più

¹ SIR THOMAS BROWNE, *Hydriotaphia*, 1658, (Studio sull'uso e sul significato delle urne funerarie che trasse spunto dalla scoperta di urne funerarie a Norfolk). L'espressione originale suonava in inglese come segue: “*What songs the Syrens sang, or what name Achilles assumed when he hid himself among women, although puzzling questions are not beyond all conjecture*”.

considerato il diretto antesignano dello *Sherlock Holmes* di ARTHUR CONAN DOYLE, che, nella citata opera di Poe, seguendo un complesso percorso logico-intellettuale, riesce a stupire il suo interlocutore indovinandone i pensieri.

Senza la presunzione di ambire alle strabilianti facoltà conoscitive ed investigative del leggendario Dupin, si ritiene che anche la *vexata quaestio* criminalistica del *discrimen* tra dolo eventuale e colpa con previsione, *per quanto enigmatica, non sia al di là di ogni possibile congettura.*

Di congetture, per il vero, nel corso degli ultimi due secoli di speculazione giuridica, ne sono state formulate tante. Si deve specie alla dottrina teutonica il merito di aver inquadrato gli aspetti fondamentali dell'arduo distinguo. Le differenti teorie, intellettualistiche, volontaristiche, emotive, e le varie formule ideate dagli studiosi hanno attinto ciascuna una sfaccettatura della problematica *distinctio* senza, tuttavia, mai addivenire ad una definitiva soluzione del nodo gordiano.

Lo scopo di questa modesta indagine, lungi dall'aspirare a fornire risposte risolutive ad antichi interrogativi o ad

² Il celebre racconto fu pubblicato nell'aprile del 1841 in *The Graham's*

esporre novelli dogmi penalistici, è quello di misurare sulla bilancia della legalità³ le più moderne teorie, attualmente maggiormente accreditate nella dottrina penalistica italiana.

La convinzione di fondo è costituita dall'intuizione⁴ che il noto criterio che poggia sulla natura del rischio assunto dall'agente, *Risikotheorie*, (per cui si ritiene che esistano rischi intrinsecamente dolosi e, all'opposto, rischi intrinsecamente

Lady's and Gentleman's Magazine di Philadelphia.

³ Uno dei termini del binomio concettuale analizzato, il dolo eventuale, costituisce, di per sé, una categoria dogmatica “*sospetta*”. Oltre a non formare oggetto di apposita previsione codicistica, infatti, questa figura risulterebbe paradigmaticamente incompatibile con talune categorie di reati come i reati di pericolo astratto, i *delicta per omissionem commissa* nonché con il delitto tentato (ma *contra*, riguardo a quest'ultimo aspetto, C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, seconda ed., UTET Giuridica, Milanofiori Assago, 2007, Vol. II, pagg. 58-59). Secondo alcuni autori esso non sarebbe neppure riconducibile al dolo, costituendo piuttosto il “*doppione mascherato*” della colpa con previsione, in tal senso G. FORTE, *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1999, I, pag. 276.

⁴ Il merito è di A. CADOPPI, lo spunto emerse nel corso della lezione tenuta presso lo *Château de Goutelas, Séminaire interdoctoral*, 2009. Ma già, lo stesso Autore, in una nota voce del Digesto aveva lambito il tema *de quo*, nell'ambito di una disquisizione sulla *recklessness* nei sistemi di *Common Law*, A. CADOPPI, voce *Mens rea* in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1992, vol. VIII, p. 618 ss. Altra occasione per riflettere sul tema era stata offerta sempre dal CADOPPI nella nota monografia incentrata sul valore del precedente giudiziale, ove si descrive l'ineludibile contaminazione tra valori e precetti normativi, in un sistema penale che non sarà mai possibile epurare da implicazioni di carattere emotivo. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999, pag. 34-35. Successivamente, l'interesse per la questione è stato corroborato dal recente saggio sul dolo eventuale del MANNA, laddove l'Autore ha messo in luce il desiderio di giustizia espresso dalla pubblica opinione nei casi più gravi e controversi. In tali evenienze il notevole divario sanzionatorio che comporta l'opzione tra *dolus eventualis* e colpa con previsione diviene un criterio importante per i giudicanti cui improntare la condanna se si vuol rendere soddisfazione alla coscienza sociale “*più orientata alla tutela della parte lesa, anziché dell'imputato*”. A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale:*

colposi)⁵ nasconda, in realtà, prese di posizione aprioristiche e pre-giuridiche di natura essenzialmente morale⁶. Di fronte a tale deriva metagiuridica, forse, il criterio classico dell'accettazione del rischio si presenta a tutt'oggi più neutro e presta meno il fianco all'eventualità di declinazioni soggettivistiche legate alle differenti *Weltanschauungen* degli interpreti.

Tuttavia, prima di affrontare *funditus* il cuore della questione, è d'uopo ripercorrere i capisaldi normativi che sottendono, nell'ordinamento giuridico italiano, la dicotomia dolo eventuale e colpa cosciente.

In una prospettiva *de lege lata*, nel nostro ordinamento, mentre sussiste un preciso ancoramento normativo per la c.d.

l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità, in *L'Indice penale*, n. 1, 2010, pag. 17.

⁵ Sul punto, per ampie digressioni sul tema, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, Giuffrè, 1999. Ha, invece, espresso motivate riserve circa la possibilità di risolvere l'indagine definitiva di dolo eventuale e colpa cosciente al solo studio della fattispecie obiettiva GIACOMO FORTE, per il quale ciò non sarebbe consono al nostro sistema positivo, “*stabilendo chiaramente il codice che è la relazione esistente tra il risultato della condotta e la psiche del soggetto agente che determina la natura dolosa o colposa del reato*”, G. FORTE, *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1999, I, pag. 230.

⁶ Il tema dell'innegabile influenza della morale nel procedimento ermeneutico seguito dai giudicanti nell'opera di identificazione della *recklessness* nei sistemi di *Common Law* era già stato introdotto dal CADOPPI nella voce *Mens rea* in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1992, vol. VIII, p. 618 ss.

“colpa cosciente”, o “con previsione”, non v'è alcuna norma che contempra, *apertis verbis*, il concetto di “dolo eventuale”⁷.

Nel Codice Rocco non si rinviene, infatti, una disposizione analoga (e di verso opposto) a quella di cui all'art. 61, I comma n° 3 cod. pen. che stigmatizza “*l'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento*”. Non v'è, pertanto, nel sistema, per quella forma di dolo più contigua alla colpa, in cui la volontà è, per così dire, opaca, rarefatta, una circostanza attenuante finalizzata a contemperare le conseguenze sanzionatorie previste per il delitto volontario in tutti quei casi in cui l'agente provochi, solo quale conseguenza secondaria ed accessoria della propria condotta, un evento criminoso da lui non direttamente voluto, bensì semplicemente *accettato* come possibile epilogo della sua azione.

L'ipotetica attenuante in parola dovrebbe mitigare la pena per “*l'aver, nei delitti dolosi, l'agente cagionato l'evento solo quale conseguenza secondaria di una condotta pericolosa,*

⁷ “In epoca contemporanea, la nozione di dolo eventuale (*eventueler o bedingter Vorsatz*) è venuta delineandosi secondo uno schema logico metodologicamente ben noto alle scienze giuridiche; precisamente, il concetto in discorso è stato oggetto di una costruzione <<in negativo>> rispetto alla complementare figura della colpa cosciente (*betwusste Fahrlässigkeit*)”. G. LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, pag. 1498.

prevedendo lo stesso evento di reato quale conseguenza possibile della suddetta condotta ed accettando il rischio del suo verificarsi”.

L'opportunità di introdurre, *de iure condendo*, nel sistema una diminuzione del tenore citato o di lasciare, com'è attualmente, relegato al campo della dosimetria della pena (ex art. 133, I comma n° 3 cod. pen.) il compito di adeguare la risposta sanzionatoria all'effettiva condizione subiettiva dell'autore del crimine - salvo taluni spunti che si esporranno nelle considerazioni conclusive - esula dalla presente trattazione. Qui sarà sufficiente ribadire che il pullulare ed il proliferare di attività c.d. *”pericolose”* nella vita contemporanea (si pensi alla circolazione stradale, all'attività sanitaria, alle attività produttive, a certe attività economiche e finanziarie, al trattamento dei dati sensibili etc.) hanno reso sempre più attuale - indipendentemente dall'esistenza di un'astratta previsione legale *ad hoc* per il dolo indiretto⁸ - il

⁸ Nella presente trattazione l'espressione “dolo indiretto” viene utilizzata come sinonimo di “dolo eventuale. All'uopo si segnala, tuttavia, che v'è in dottrina chi distingue le due figure *“valutando il diverso grado della previsione e quindi dell'accettazione del rischio”*, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, XIV ed., Giuffrè, Milano, 1997, pag. 348. Secondo il PROSDOCIMI nel dolo indiretto il prodursi del fatto collaterale rappresentato è

binomio dolo eventuale/colpa cosciente, cosicché intorno alle summenzionate figure di imputazione soggettiva dell'illecito penale si è sviluppato un proficuo dibattito dottrinale al quale non ha assistito silente neppure la giurisprudenza. A ciò si aggiunga che “*l'emergere di nuove tipologie di pericoli non consente più una sicura allocazione dei rischi*”⁹, cosicché risulta arduo, se non impossibile, stabilire a priori se un determinato contegno debba essere incasellato nella categoria dell'illiceità penale ovvero alligni nell'alveo di contesti leciti ed autorizzati (magari disciplinati). Anche per la giurisprudenza è divenuto, pertanto, difficile adottare formule automatiche - del resto mai formalmente enunciate - per le quali la rappresentazione del fatto tipico da parte del reo, nel cagionare l'evento accessorio, dovrebbe condurre necessariamente all'imputazione dolosa se la condotta iniziale gravitava già, di per sé, *in re illicita*. Viceversa, analoga rappresentazione della possibilità dell'epilogo lesivo dovrebbe

ritenuto sicuro o altamente probabile, invece, nel dolo eventuale esso è reputato soltanto possibile o probabile, S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 135.

⁹ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, Giuffrè, 1999, pag. 2.

sottendere la colpa cosciente ove il reo si fosse mosso, *ab initio*, in un territorio penalmente lecito.

Nelle fattispecie caratterizzate dal *dolus eventualis* l'autore del reato trasgredisce deliberatamente i precetti legali (cautelari) per perseguire il proprio fine (non necessariamente illecito) anche se ciò debba comportare la lesione di altri beni giuridici messi a repentaglio dalla sua condotta antiggiuridica. Di talché l'agente compie la condotta pericolosa (non sempre di per sé criminosa) anche *a costo* di generare, con essa, conseguenze collaterali offensive di altri - e spesso più importanti - valori tutelati dall'ordinamento.

Le anzidette forme di imputazione subiettiva dell'illecito, dolo eventuale e colpa cosciente, a prescindere dall'inesistenza di una norma che disponga una diminuzione per le ipotesi di dolo indiretto, parallela all'aggravante prevista per la colpa con previsione, citata *supra*, come accennato, sono tuttavia ben note alla Dottrina ed alla Giurisprudenza che hanno elaborato diversi criteri, nel corso dell'evoluzione dogmatica degli istituti, atti a discernere la forma meno intensa

di dolo da quella specie di colpa aggravata costituita dalla colpa con previsione.

Il criterio discrezionale che ha goduto di maggiore fortuna, tanto da imporsi, *in iure quo utimur*, come *discrimen* dominante è quello noto come formula “*dell'accettazione del rischio*”¹⁰.

Secondo tale criterio, l'autore del reato allorché si accinge a tenere la propria condotta (che tende sempre ad un fine diverso dall'evento lesivo che poi effettivamente si produce) di per sé neutra¹¹, o a delinquere (qualora l'epilogo lesivo collaterale s'innesti in un contesto *ab origine* illecito)¹²

¹⁰ È opportuno evidenziare sin da ora che l'accettazione del rischio - che nel distinguo che qui interessa è ritenuto dai più elemento differenziale proprio del dolo eventuale - è inteso da taluni autorevoli esponenti della dottrina quale criterio di accertamento della colpa e non del dolo. “*Se, infatti, l'agente prevede come possibile il verificarsi di un determinato evento e agisce lo stesso, accettandone il rischio, ciò non può che significare che ha violato una fondamentale regola cautelare, che non poteva non imporgli, date le premesse, di rimanere inerte, o, comunque, di agire diversamente*”, A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *L'Indice penale*, n. 1, 2010, pag. 16. Nello stesso senso A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2003, pag. 280.

¹¹ Il dolo indiretto può, infatti, annidarsi anche in condotte nate in contesti non illeciti o addirittura in campi di attività autorizzate e disciplinate dall'ordinamento, si pensi, ad esempio, all'attività sanitaria ed alle attività produttive (come nel recentissimo caso che ha coinvolto la *ThyssenKrupp*).

¹² I casi in cui l'azione da cui scaturisce l'evento lesivo accessorio si colloca in un contesto iniziale criminoso sono quelli che comportano meno difficoltà sotto il profilo dell'accertamento dell'elemento subiettivo, appalesandosi quasi *naturale* la tendenza alla ricognizione, in frangenti consimili, del dolo eventuale.

o, comunque, a compiere una condotta trasgressiva di regole cautelari non necessariamente presidiate da sanzioni penali, pur prevedendo e rappresentandosi come probabile, o anche semplicemente possibile, la produzione, quale conseguenza accessoria della propria condotta, di un evento di reato non direttamente voluto, viola i precetti legali di carattere cautelare *accettando il rischio* che quell'evento concretamente si verifichi.

“E’ dovuta la precisazione che “dolo eventuale” non è accettazione del “rischio puro e semplice”. Il rischio penalmente rilevante, in rapporto al titolo di dolo, è soltanto quello che per quantità o qualità esorbita dalla fascia del rischio lecito o consentito. Esistono attività pericolose, autorizzate, consentite dall’ordinamento, si veda ad esempio la caccia; ma del resto molte attività umane, come l’arte medica, comportano una certa dose di rischio. Ma la liceità del rischio assunto dal chirurgo che esegue interventi particolarmente delicati appare bilanciata e naturale dal momento che la guarigione o il salvataggio della vita di un paziente risultano

interessi particolarmente “pesanti” sull’ipotetico piatto della bilancia.

Si profila dunque una dimensione ulteriore, ovvero la coscienza dell’antisocialità del fatto e della condotta perpetrata; per la sussistenza di dolo eventuale dovrà dunque essere presente la violazione di regole cautelari, violazione di cui il soggetto dovrà essere consapevole”¹³.

Tale atteggiamento interiore si manifesta suscettibile di una risposta sanzionatoria più rigorosa di quella che competerebbe per il delitto colposo aggravato *ex art. 61, I comma n° 3 cod. pen.*, poiché lo stesso denota una maggiore indifferenza verso i beni giuridici ed una rimarchevole trascuratezza per i valori del nostro ordinamento. L'agente, infatti, non vuole, in via diretta, la commissione dell'evento (solo collaterale) di reato, ma, non ottemperando in modo pervicace al comando legale, senza remore di sorta, *vuole*¹⁴ quell'evento in via indiretta o, appunto, (almeno) eventuale.

¹³ F. CURI, *“Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell’elemento soggettivo del reato”*, Giuffrè, 2003.

¹⁴ Anche nel dolo indiretto, affinché lo stesso sia qualificabile come “dolo”, è necessario individuare, per quanto stilizzato, l'elemento volitivo. Non tutti gli autori della dottrina concordano sulla riconducibilità del dolo eventuale ai canoni codicistici *de lege lata*. Il MANNA ritiene, ad esempio, che

Nonostante il criterio sopra accennato sia quello più universalmente accolto ed accreditato da Dottrina e Giurisprudenza, notevoli perplessità ermeneutiche permangono circa la concreta sussunzione dei fatti di reato sotto la cornice della colpa con previsione o del dolo eventuale. Ampie sono, infatti, le *zone grigie* che sovente si aprono - come sonori squarci nel tessuto della legalità - allorché si debba interpretare una condotta che si ponga ai limiti dell'imputabilità dolosa. Tanto più l'interprete si arrovererà quanto più esso focalizzi la propria attenzione sulle divergenti conseguenze sanzionatorie proprie dell'una o dell'altra scelta ermeneutica. La propensione per il dolo eventuale consentirà

il dolo eventuale sia il frutto giurisprudenziale di un'indebita analogia esterna (cioè oltre il perimetro della *littera legis*) in *malam partem*; "(...) nel senso che, soprattutto se si tiene conto del fatto che nella definizione codicistica di dolo la previsione e la volontà dell'evento trovano una sorta di denominatore comune nel senso della definizione del delitto doloso come intenzionale, non ci si può non rendere conto come il criterio dell'accettazione del rischio sia sì un criterio analogo a quello della volontà, ma ontologicamente e sostanzialmente diverso, di cui ha in comune, non a caso, soltanto l'identità di *ratio legis*, tanto da dar luogo ad una inammissibile forma di analogia c.d. esterna". A. MANNA, Op. Cit., pag. 15. Nello stesso senso, G. FORTE, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 2000, III, pag. 820 e ss. Ancor più icastico fu VON LISZT, che non esitò a definire il dolo eventuale come "un'invenzione di giuristi adottatori e reazionari", VON LISZT, *Die Behandlung des Dolus eventualis im Strafrecht und Strafprozess*, citazione tratta da J. DE FARIA COSTA, *Le definizioni legali del dolo e della colpa quali semplificazioni delle norme definitorie del diritto penale*, in AA.VV. a cura di A. CADOPPI in *Omnis definitio in jure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1996, pag. 268.

l'imputazione dolosa e l'ordinario canone di imputazione subiettiva potrà soltanto scontare un trattamento punitivo meno severo sulla scorta della norma di cui all'art 133, I comma n° 3 cod. pen., che, tra i criteri di commisurazione della pena, contempla anche l'”*intensità del dolo*”; ove, invece, *the swift of the pendulum* ricada sulla colpa, non solo scatterà per il reo un trattamento punitivo meno rigoroso, ma ciò potrebbe addirittura comportare l'impossibilità di configurare l'illecito penale. Ciò nei casi in cui vengano in considerazione delitti che non sono previsti nella forma di manifestazione colposa. Basti pensare all'ipotesi del delitto di danneggiamento, previsto, dall'art. 635 cod. pen., nella sola forma dolosa, per il quale - come in tante altre fattispecie delittuose - l'ordinamento criminale non ha affiancato alla tradizionale configurazione soggettiva dolosa anche una parallela ipotesi colposa.

In ipotesi siffatte, la scelta dell'interprete coincide - ove si propenda per la colpa cosciente - con l'opzione, ancor più radicale, di non provocare affatto l'intervento dell'armamentario penale, lasciando ad altri rami

dell'ordinamento il compito di apprestare la dovuta tutela ai beni giuridici considerati.

Tuttavia, anche al di fuori di tali casi limite, nei quali l'alternativa tra dolo eventuale e colpa cosciente si pone come una radicale scelta di campo tra illiceità e liceità sotto il profilo criminale, il dilemma interpretativo che si offre, e s'impone, agli operatori del diritto e ai cultori del diritto penale non è meno arduo da risolvere. Soprattutto se si focalizza l'attenzione sulle esigenze di politica criminale sottese alle ipotesi incriminatrici, appare chiaro che ascrivere un determinato fatto di reato all'agente a titolo di colpa con previsione ovvero a titolo di dolo eventuale non è opzione di poco momento, ed, anzi, è destinata inevitabilmente a riverberarsi sulle istanze di prevenzione generale con le quali, in ultima analisi, ogni inflizione di castigo penale deve fare i conti¹⁵.

A ben vedere, anche la formula dell'accettazione del rischio - come accennato, la più universalmente riconosciuta ed

¹⁵ La funzione della pena, anche nell'economia della presente trattazione, funge da stella polare di riferimento, atteso che anche all'atto di discernere tra

accreditata - così come gli altri criteri di discernimento adottati in materia, è destinata sovente a riflettere prese di posizione pre - giuridiche degli interpreti che allignano nel terreno della morale più che in quello del diritto (penale)¹⁶.

Il presente lavoro è precipuamente volto ad approfondire i legami che intercorrono tra la natura (criminale) del rischio assunto dal reo, ed il contesto iniziale nel quale egli agisce, e l'evento di reato ascrivibile a titolo di dolo eventuale, allo scopo di verificare l'effettiva possibilità di ritagliare sicuri canoni legali di demarcazione tra dolo (eventuale) e colpa con previsione, ovvero di constatare, con definitiva rassegnazione, l'emersione di criteri morali di discernimento e la loro preventiva affermazione sulle regole giuridiche e sulla legalità.

L'indagine, pertanto, non può proseguire senza un'esposizione, almeno sintetica, di tutti i più noti canoni

dolo eventuale e colpa con previsione l'interprete deve avere ben presente che "*Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*" (L. A. SENECA).

¹⁶ L'innegabile constatazione che i giudici siano più inclini a riconoscere il dolo eventuale piuttosto che la colpa cosciente in ragione della malvagità del fatto e della sua intollerabilità sociale è stato interpretato come la conseguenza di una inevitabile contaminazione tra valori e precetti normativi, in un sistema penale che non sarà mai possibile epurare da implicazioni di carattere emotivo (A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999, pag. 34-35).

ermeneutici individuati ed adoperati dagli interpreti per distinguere dolo eventuale e colpa cosciente.

§ - 2 *Excursus* in ordine alle varie formule discrete tra dolo eventuale e colpa con previsione.

I...2.1 - Formula di Frank e teorie della rappresentazione o intellettualistiche. Criteri non appaganti.

Uno dei criteri più conosciuti e studiati, nel passato, per discernere tra dolo eventuale e colpa con previsione è quello noto come prima formula di Frank¹⁷. Sulla scorta di tale canone ermeneutico il dolo eventuale sussisterebbe ogniqualvolta, in base ad un giudizio ipotetico a posteriori, è presumibile che il soggetto agente avrebbe comunque agito anche qualora si fosse rappresentato come *sicuro* - e certamente connesso alla sua azione - il verificarsi di un evento lesivo non desiderato. Per

¹⁷ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18. Aufl., Tubinga, 1931, pag. 190, così come richiamato da S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Op. Cit., pag. 9 e ss., ivi nota n. 10.

adooperare le parole della Suprema Corte, secondo la (prima) formula di Frank¹⁸, “*Nel dolo eventuale il soggetto agente, comunque, avrebbe deciso di porre in essere la condotta anche se l'evento collaterale fosse stato oggetto di rappresentazione non solo in termini di probabilità, ma di certezza. L'identificazione del dolo eventuale, dunque, secondo questa tesi si basa su uno stato psicologico reale: quello di chi ex ante non solo è disposto a correre il rischio dando luogo ad un azzardo ma ha messo in conto che per l'obiettivo cui mira la sua condotta, il prezzo costituito dal realizzarsi dell'evento lesivo possa essere pagato, tanto che non desisterebbe dalla condotta neppure ove il prodursi di un simile evento fosse sicuro*”. (Cass. Pen. SS.UU. 14.02.1996, n°3571)¹⁹.

Sebbene la formula di Frank abbia costituito un superamento dottrinale delle teorie della rappresentazione, o

¹⁸ Si segnala come di recente la Suprema Corte abbia fatto ricorso alla formula di Frank anche nell'ambito della delicata questione della compatibilità del *dolus eventualis* con il delitto di ricettazione (art. 648 c.p.). La Sentenza è quella del 26.11.2009, n. 12433 (dep. 30.3.2010), delle Sezioni Unite Penali con la quale la Corte di Cassazione ha riaffermato la compatibilità del delitto di ricettazione con il dolo indiretto. In *Cass. Pen.*, 2010, 2555 e ss. con nota di DONINI e in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 826 e ss. con nota di PISA.

¹⁹ In *Cass. Pen.*, 1997, pag. 964, con nota di RIGO; in *Dir. Pen. e Processo*, 1997, 1, pag. 55, con nota di FIGIACONI; in *Giur. It.*, 1997, II, 135; in *Cass. Pen.*, 1996, 2505; in *Riv. Polizia*, 1996, 800; in *Giust. Pen.*, 1996, II, 449.

intellettualistiche, c.d. della possibilità e della probabilità, e sia divenuto espressione della teoria c.d. del consenso²⁰, che ha aggiunto un elemento volontaristico ai criteri della possibilità e della probabilità, tale criterio interpretativo è stato, in definitiva, considerato non appagante e non è concepito come un vero superamento della “*vetusta*” regola dell'accettazione del rischio²¹.

Per intendere appieno l'apporto dell'elaborazione di Frank, quale campione delle teorie del consenso, è necessario, preliminarmente, esporre, sia pure sinteticamente, la nozione delle teoriche precedenti.

Secondo la “*teoria della possibilità*”, fermo il presupposto fondamentale che il reo agisca senza lo scopo precipuo di commettere il reato - dacché, al contrario, se egli perseguisse tale fine, dovrebbe ravvisarsi il dolo intenzionale - , è necessario che l'agente si rappresenti la *concreta possibilità*

²⁰ Per questo anche definita <<teoria ipotetica del consenso>>. R. FRANK, Op. Cit. Non sono mancati anche *in iure nostro* i sostenitori di questa teorica. La formula è stata accolta da taluni autorevoli esponenti della dottrina come G. BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Cedam, Padova, 1982, e G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Laterza, Bari, 1990, pag. 378.

²¹ La formula dell'accettazione del rischio è stata più volte definita “*vetusta*” dal MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e*

di verifica di un evento lesivo collaterale, quale conseguenza indiretta della sua azione, agendo anche a costo di provocare tale evento. Invece, nell'ambito della “teoria della probabilità” si richiede che l'autore preveda come *probabile*, e non solo come concretamente possibile, il realizzarsi dell'evento lesivo, parimenti decidendo di porre in essere la condotta anche a rischio di cagionare quell'evento²².

Le teorie del consenso²³ hanno colmato le lacune dei criteri enunciati *supra* - i quali appaiono inevitabilmente incentrati sulla mera componente rappresentativa - introducendo tra i fattori di demarcazione tra dolo indiretto e colpa con previsione il necessario elemento della volizione. Rammentando che il dolo è costituito da rappresentazione e volontà e che, anzi, in esso, l'aspetto preponderante è incarnato

la crisi del principio di stretta legalità, in *L'Indice penale*, n. 1, 2010, pag. 9 e ss.

²² Nell'ambito delle due teorie sinteticamente esposte sussisterebbe il dolo (eventuale) in caso di previsione della possibilità o probabilità *concreta* dell'evento lesivo, mentre si dovrebbe ravvisare la colpa (cosciente) in caso di previsione della possibilità o probabilità *astratta* dell'epilogo lesivo accessorio. Per un efficace compendio delle menzionate teorie, nonché per una conferma della loro insufficienza quali criteri selettivi *in subiecta materia*, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, V ed., Cedam, Padova, 2007, pag. 304.

²³ Tra le varie declinazioni spicca quella di VON HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1903, pag. 93, così come riportata da G. LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, pag. 1502 ed ivi nota n. 22,

proprio dalla volizione, è agevole addivenire alla determinazione che per la configurazione del *dolus eventualis* sia necessario un *quid pluris* rispetto alla mera prefigurazione della possibilità o della probabilità della realizzazione dell'evento lesivo collaterale²⁴.

Questo *quid pluris* volontaristico è costituito da una sorta di adesione interiore dell'agente rispetto al verificarsi dell'evento lesivo prefigurato come possibile (o probabile), per cui il reo *approva* la realizzazione dell'evento collaterale di reato. La carica differenziale del consenso “*Sarebbe quindi la particolare forza motivante dell'obiettivo avuto di mira, tale da rendere il soggetto omnimodo facturus, a rendere l'autore rimproverabile a titolo di dolo*”²⁵.

Tuttavia, tale intima adesione rispetto alla causazione indiretta dell'evento collaterale non assurge ad una vera e propria determinazione della volontà idonea ad imprimere il

laddove l'autore rammenta che VON HIPPEL “*precisò che la volontà dell'agente deve essere riferita al momento in cui questi intraprende l'azione*”.

²⁴ Si annovera, nella Dottrina, anche una posizione dogmatica intermedia. Si allude a quella assunta da JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin-New York, 1983, pag. 222 e ss., per la quale l'Autore utilizza la litote della “*non improbabilità*” del realizzarsi dell'evento lesivo. La tesi è riportata da G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Terza ed., Zanichelli, Bologna, 1995, pag. 322 ed ivi nota n. 73.

suo *fiat* al susseguirsi degli accadimenti. In altre parole, l'approvazione dell'agente si risolve in un mero consenso senza assurgere a vera e propria volontà di cagionare la conseguenza lesiva accessoria della propria condotta.

Nel complesso, del resto, come accennato *supra*, il criterio ideato da Frank, pur consentendo un'indagine più approfondita sulla componente volontaristica del dolo, mettendo in luce la “*particolare ragione per non agire, più intensa di quella effettivamente operativa (la sostanziale certezza, piuttosto che la mera possibilità di cagionare l'evento preveduto), rispetto alla ragione per agire (la prospettiva di ottenere un certo risultato)*”²⁶, si è attirato la critica della dottrina per taluni suoi vizi di fondo che ne inficiano il paradigma strutturale.

Pur nel lodevole intento di recuperare un ancoramento all'atteggiamento interiore del reo, la prima formula di Frank - la quale, com'è stato giustamente sottolineato, “*apre alla*

²⁵ P. VENEZIANI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium Juris*, Cedam, Padova, 2001, pag. 73.

²⁶ L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Morcelliana, Brescia, 1993, pagg. 178 - 179.

*valutazione del processo motivazionale dell'autore*²⁷ - denota il limite - ineludibile - di agire a livello ipotetico. Essa sostituisce “*indebitamente un atteggiamento psichico ipotetico a quello reale, che resta, in sostanza, ignoto*”²⁸.

Il dolo è costituito da processi psicologici reali ed il *principium individuationis* del dolo eventuale non può essere ricavato mediante il ricorso ad elementi puramente ipotetici.

Inoltre, la formula di Frank presta il fianco per l'acclarata tendenza ad avallare incongrue esclusioni del dolo allorché l'autore si sia determinato a porre in essere una certa condotta avendo di mira uno scopo antitetico rispetto alla realizzazione di un evento di reato, che, tuttavia, egli si prefigura(va) come concretamente possibile.

²⁷ G. ABBADESSA, Commento a *Cass. Pen. SS. UU.*, 26.11.2009, n. 12433, su <http://www.penalecontemporaneo.it> e in *Cass. pen.*, 2010, pag. 2555 e ss. nonché in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, pag. 826 e ss.

²⁸ P. VENEZIANI, *Op. cit.*, *ibidem*. Nello stesso senso S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, Giuffrè, 1999, pag. 48; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993, pag. 12, nonché il MANNA: “*Essa consiste, infatti, nel sostituire dati effettivi con elementi ipotetici, ma ciò, per l'appunto, non appare affatto consentito, proprio perché il dolo, al pari del resto di ogni altro elemento del reato, consta di fenomeni, nel caso psicologici, reali e non certo ipotetici*”, A. MANNA, *Op. Cit.*, pag. 21.

Emblematica al riguardo l'esemplificazione del LACMANN²⁹. Si pensi al caso di un ragazzo che scommette 20 marchi con un amico sul fatto di riuscire a colpire, con la pistola del tiro a segno, nella fiera del paese, un boccale di birra nella mano della ragazza del baraccone. In questo caso l'agente, che si rappresenta la concreta possibilità di non riuscire nell'impresa, confida, comunque, di andare indenne dallo stigma penale focalizzando, *ab initio*, il fine, antitetico rispetto alla commissione di un fatto di reato, di non colpire la ragazza o, in ogni caso, di darsi alla fuga scomparendo nella confusione del mercato³⁰. All'atto di sparare, egli colpisce la mano della ragazza invece del boccale. Nell'ipotesi considerata sarebbe preferibile inquadrare la condotta dell'agente nel dolo eventuale - così come suggerirebbe il canone dell'accettazione del rischio - anziché ripiegare sulla colpa con previsione,

²⁹ W. LACMANN, *Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, in *ZstW*, 31, 1911, pag. 142 e ss.

³⁰ “La circostanza che l'autore abbia cercato di non colpirla non toglie nulla al fatto ch'egli non aveva oggettivamente motivi per confidare in un buon esito. La sua irrazionale fiducia nella buona sorte non può escludere, in questo caso, la constatazione che, oggettivamente, il pericolo non è <<schermato>>”. G. DE FRANCESCO, *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1988, pag. 131.

conclusione inadeguata alla quale si perverrebbe declinando la (prima) formula di Frank.

Il prefato studioso conio, com'è noto, anche un'altra formula, in virtù della quale si configura il dolo eventuale qualora l'agente abbia improntato il proprio contegno ad una premessa logica siffatta: *“Le cose possono stare od andare in questo modo o altrimenti, in ogni caso io agisco”*³¹.

Si tratterebbe, però, a ben vedere, di una consapevolezza filtrata dall'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento. Per questo l'ulteriore, esposta, formula di Frank, non gode dell'autonomia logico-giuridica della prima formula, né ne ha ripetuto la fortuna scientifica.

Il passo logico ulteriore risulta pur sempre integrato dalla *“vetusta”* teoria dell'accettazione del rischio, nella quale la condotta del reo - posta in essere anche a costo di cagionare l'evento lesivo - non corrisponde alla semplice accettazione del pericolo, ma si riverbera in un'accettazione, per quanto sofferta, dello stesso evento³² rappresentato come possibile.

³¹ La traduzione è di S. PROSDOCIMI, Op. Cit., pag. 10.

³² Si deve al CANESTRARI, quale proposta *de iure condendo*, la perorazione di una formula dell'accettazione che sia accettazione *“del fatto, dell'evento di*

Soltanto nell'impostazione teorica della formula dell'accettazione del rischio si assiste ad una vera presa di posizione dell'agente, ad una “*decisione*”³³ rispetto alla concreta possibilità di provocare l'evento lesivo, tale da integrare l'elemento volitivo proprio del reato doloso. In sostanza, solo secondo tale impianto, il reo “*fa seriamente i conti*”³⁴ con l'evento collaterale riprovato dall'ordinamento.

A contrario, ricorrerà la figura della colpa con previsione laddove l'agente, pur prefigurandosi la possibilità del verificarsi dell'evento lesivo, confidi - magari facendo affidamento sulle proprie peculiari capacità o su altre circostanze - che esso in concreto non si realizzerà. Il *discrimen* tra dolo eventuale e colpa cosciente, alla luce del

danno” laddove previsto dalla fattispecie incriminatrice. S. CANESTRARI, *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, pag. 943.

³³ Tale determinazione risponde al criterio, coniato da W. HASSEMER, della “*decisione per la possibile lesione del bene giuridico*”, (cfr. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999 pag. 70 e ss.), il quale, “*nel mentre sottolinea la diversità qualitativa tra dolo eventuale e colpa cosciente sotto il profilo della colpevolezza, sottintende altresì un essenziale momento politico-criminale, che si coglie alla luce delle valutazioni della coscienza sociale in ordine al significato da attribuire al comportamento dell'autore*”. G. DE FRANCESCO, *Op. cit.*, pag. 123.

³⁴ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, Terza ed., Zanichelli, Bologna, 1995, pag. 323.

menzionato criterio può meglio intendersi attraverso il celebre esempio del “*lanciatore di coltelli*”³⁵.

Si immagini che Aulo Agerio, lanciatore di coltelli, si esibisca in uno spettacolo circense con la propria fidanzata Seia. L'agente, che gode di un'attitudine professionale all'assunzione di quel dato rischio, allorché si accinge a lanciare i coltelli contro la sua ragazza, evidentemente confida di non farle neanche un graffio, proprio in ragione della sua abitudine ad eseguire quel numero e forte delle sue speciali abilità³⁶. Ove la sua partner dovesse essere effettivamente colpita a morte, Aulo Agerio, secondo la formula dell'accettazione del rischio, non dovrebbe rispondere del reato di omicidio doloso, ma di quello, più lieve, di omicidio colposo. L'autore, infatti, pur prevedendo l'evento letale come astrattamente possibile, non ha accettato il rischio che esso

³⁵ Il noto esempio è oramai un “*tòpos*” criminalistico ed il MANNA ne ha messo in dubbio l'effettiva efficacia euristica. A. MANNA, *Op. Cit.*, pag. 9.

³⁶ “*La colpa cosciente si delinea proprio ove un'attività sia divenuta, con la continua ripetizione, così familiare alla mente dell'individuo da non impegnarlo totalmente nel suo contatto con la realtà esterna. E' in questo contesto che si profila quella <<sicura fiducia>> che l'evento non si verifichi, la quale caratterizzerebbe la colpa con previsione*”, G. LICCI, *Op. Cit.*, pag. 1509.

concretamente si verificasse, non prestando, in tal modo, il proprio consenso al tragico epilogo.

Diversamente si dovrebbe concludere nell'ipotesi dell'avventato Numerio Negidio, privo di qualsivoglia esperienza rispetto alla pericolosa attività del lancio di coltelli, il quale - pur prevedendo la concreta possibilità di colpire a morte Seia - manifestando una rimarchevole trascuratezza per i valori dell'ordinamento, decida, in ogni caso, di cimentarsi nel lancio. Cosicché: Numerio Negidio scaglia la lama, essa attinge Seia in un punto vitale e la stessa, poco dopo, decede. Numerio Negidio, in tale ipotesi, dovrebbe rispondere di omicidio doloso e non colposo. Egli, infatti, versa in dolo eventuale rispetto all'evento morte di Seia, avendo chiaramente e deliberatamente accettato il rischio che il tragico epilogo in concreto si verificasse.

I...2.2 - Teoria dell'”*operosa volontà di evitare*”.

Altra teoria della categoria, c.d., intellettualistica è quella, di derivazione germanica, della “*operosa volontà di*

evitare”³⁷. Essa alligna nel terreno della “*concezione finalistica dell'azione*”³⁸ e funge da criterio ermeneutico negativo del dolo³⁹. Secondo tale elaborazione dogmatica il dolo eventuale dev'essere escluso qualora l'agente abbia adottato misure antagonistiche astrattamente idonee ad evitare il prodursi dell'evento lesivo.

In altre parole, in base a tale impostazione teorica, non si configura dolo eventuale se l'autore adegua la sua condotta al proposito di evitare l'evento collaterale preveduto⁴⁰.

L'omessa adozione di (contro)misure volte ad impedire il verificarsi dell'evento dimostrerebbe che l'agente è sceso a patti con l'ipotesi di realizzazione dell'evento, *accettando apertamente il rischio* del suo verificarsi.

In base a questa teoria il dolo eventuale viene individuato, pertanto, “*a contrario*”.

³⁷ A. KAUFMANN, *Der Dolus eventualis im Deliktsaufbau*, in ZstW, 1958, 76 e ss.

³⁸ H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, XI ed. 1969, 68 e ss.

³⁹ Secondo la teorica vi sarebbe, infatti, un'“*autolimitazione del processo finalistico che si riflette nella struttura del dolo in quanto da questo verrebbero ad esulare le conseguenze che l'agente ha cercato di evitare*”, così G. LICCI, *Dolo eventuale*, Cit., pag. 1503.

⁴⁰ In questo senso S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Cit., pag. 15.

Particolare rilievo assume il momento in cui, sulla scorta di tale criterio ermeneutico, viene ad essere radicato il dolo. Esso, *sub specie* di dolo eventuale, viene ad essere collocato o escluso sulla base di una verifica compiuta in un momento posteriore alla stessa fase deliberativa dell'azione. In pratica, l'agente pone in essere una data condotta e, prefigurandosi la concreta possibilità di realizzazione, quale conseguenza di essa, di un dato evento collaterale riprovato dall'ordinamento, attua (= colpa cosciente) oppure non attua (= dolo eventuale) delle misure impeditive dirette ad evitare il risultato accessorio stesso.

La tesi, tuttavia, presenta aporie di non poco momento ed ingenera insuperabili perplessità⁴¹, portando, anch'essa, ad incongrue esclusioni del dolo eventuale. Secondo l'“*operosa volontà di evitare*” dovrebbe pervenirsi alla conclusione (inadeguata) di ravvisare la colpa cosciente proprio quando l'agente ha dimostrato un contegno particolarmente attento ed

⁴¹ Per dirla col CANESTRARI: “*Il tentativo di offrire una schematica oggettivazione del concetto di dolo, valorizzando il ruolo di un unico <<indicatore>> - quello del comportamento teso ad evitare - e trascurando l'esame dei processi interiori che devono riflettersi sull'avvenimento esteriore, non può convincere*”. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai*

accurato nell'adozione di precauzioni e contromisure volte ad impedire l'evento. Seppure il ricorso a tali espedienti impeditivi è certamente sintomatico di una non accettazione del rischio, e deporrebbe, dunque, per la colpa con previsione, nondimeno il *discrimen* dell'“*operosa volontà di evitare*” condurrebbe alla configurazione della colpa in presenza dell'attuazione di appositi accorgimenti cautelari, laddove, per antonomasia, la *culpa in re ipsa* dovrebbe ravvisarsi proprio nell'omessa adozione delle dovute cautele⁴².

La teoria esposta può, al limite, essere foriera di buoni risultati diagnostici del dolo eventuale qualora - in senso diametralmente inverso alla prima formula di Frank - a livello ipotetico si postuli incertezza sul verificarsi dell'evento. Il criterio si volge, però, in tal modo, in sostanza, quale ennesima variante della teorica fondata sull'accettazione del rischio:

confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose, Milano, Giuffrè, 1999, pag. 42.

⁴² Così S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Cit., pagg. 16 - 17. Si tenga anche in considerazione che gli sforzi messi in atto dall'agente per impedire la verificazione dell'evento non possono sempre giustificare l'esclusione del dolo anche perché la condotta volta ad evitare potrebbe essere addirittura il “*frutto di un calcolo di strategia criminale*”, S. CANESTRARI, *ibidem*, laddove riporta l'autorevole parere di HASSEMER. A quest'ultimo giurista si deve anche un'altra obiezione, non appare congruo ascrivere in ogni caso il dolo indiretto al reo qualora egli consideri possibile l'evento, ma il mancato impiego di

dovrà intendersi che l'agente non abbia accettato il rischio di realizzazione dell'evento, circostanza questa che si desume dagli *operosi* tentativi di scongiurare l'evento⁴³.

I...2.3 - Panoramica sulle teorie volontaristiche e loro limiti euristici. Criteri misti.

Il contraltare delle teorie incentrate sulla rappresentazione (*Vorstellungstheorie*) è costituito dalle teorie volontaristiche tradizionali (*Willenstheorie*). Esse valorizzano il concetto e l'elemento della volontà quale linea di demarcazione tra le forme subiettive contigue di dolo eventuale e colpa cosciente e focalizzano l'attenzione dell'interprete sull'atteggiamento interiore dell'agente, sia pure con un realismo maggiore delle teorie minoritarie c.d. psichico-emotive⁴⁴.

contromisure sia dipeso da una “*situazione concreta che rendeva siffatta operazione non attuabile*”, S. CANESTRARI, *ibidem*.

⁴³ In caso di dubbio sull'esistenza di un presupposto della condotta, vale a dire di un elemento già radicato al di fuori dello sviluppo causale, andrebbe ravvisata l'imputazione *sub specie doli*. In questo senso S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Cit., pag. 17.

⁴⁴ Vedi *infra*, pag. 30.

Nell'ambito delle teorie volontaristiche un ruolo preminente è stato svolto, per le implicazioni dogmatiche e per lo stimolo all'investigazione, dalla teoria del consenso elaborata dalla dottrina tedesca, nel cui solco dogmatico si colloca la stessa teoria dell'*accettazione del rischio* nella sua forma base.

Secondo la dogmatica del consenso dovrebbe ravvisarsi il dolo eventuale allorché alla previsione dell'evento come possibile si unisca una "*presa di posizione*" del soggetto agente nei confronti dell'evento.

L'autore deve, in un certo senso, assumersi la responsabilità dell'evento. Deve aderirvi psicologicamente ed esprimere il consenso rispetto al suo verificarsi quale conseguenza della sua azione. Tale consenso, com'è agevole intendere, presuppone una rappresentazione che può essere più o meno certa, fermo restando che il dubbio, così come inteso dalla maggioranza degli interpreti⁴⁵, equivarrebbe ad un atteggiamento subiettivo di dolo.

⁴⁵ Per tutti M. GALLO e, più di recente, CANESTRARI e DE FRANCESCO.

Una delle teoriche più diffuse in ambito giudiziale per l'individuazione del *discrimen* tra colpa cosciente e dolo eventuale è quella mista. In base ad essa si fa dipendere il dolo eventuale dalla certezza soggettiva dell'agente rispetto alla realizzazione dell'evento collaterale di reato in costanza di una rappresentazione anticipata dell'evento stesso. Si tratta, a ben vedere, di una sorta di prima formula di Frank applicata ai dati reali e non ad elementi meramente ipotetici. Ma la difficoltà maggiore resta quella di individuare i casi in cui il reo ha agito (ugualmente) pur considerando certo il verificarsi dell'evento accessorio riprovato dall'ordinamento.

Secondo la più volte citata teoria *dell'accettazione del rischio*, si avrebbe dolo eventuale in presenza di una consapevole accettazione del rischio da parte del soggetto che si determina ad agire anche *a costo* di provocare un evento criminoso. Nella accettazione del rischio v'è l'accettazione dell'evento, e, quindi, la volizione dell'evento stesso.

Mentre il dolo eventuale contraddistingue quelle ipotesi in cui l'agente è rimasto in dubbio circa la verifica dell'evento, e quindi, proprio per tale ragione, lo ha in

definitiva accettato, la colpa cosciente si ravvisa nei casi in cui l'agente, da una previsione generica dell'idoneità del proprio comportamento a causare eventi dannosi, passa alla previsione specifica che, nelle particolari condizioni in cui egli si trova ad operare, l'evento non si realizzerà⁴⁶.

Vi è, quindi, una “*previsione negativa*” circa la possibilità che l'evento si realizzi. Su tale concetto di “*previsione negativa*” ha concentrato l'intento di tracciare i confini della colpa con previsione il GALLO⁴⁷, facendone il fulcro della distinzione con il dolo eventuale. Sennonché tale previsione negativa dell'evento o, *rectius*: *evento negativamente previsto* finisce col coincidere con la rappresentazione di un *non evento*, elemento quest'ultimo che esula dal fatto tipico. L'art. 61, I comma n° 3 cod. pen. contempla un'aggravante per l'agente che abbia agito nei delitti colposi “*nonostante la previsione dell'evento*” e non può dubitarsi che il legislatore del '30 si riferisse ad una previsione

⁴⁶ G. DE FRANCESCO, *Op. cit.*, pag. 135. Il reo, infatti, “*postula il concorso di ulteriori fattori idonei a smentire il giudizio prognostico insito nella regola cautelare*”, G. LICCI, *Op. Cit.*, pag. 1507.

⁴⁷ M. GALLO, *Il dolo, oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati*, 1951-52.

positiva. Laddove la previsione negativa coincide, in ultima analisi, con una *non previsione*⁴⁸.

Al lume di quanto precede il concetto di previsione *negativa* è stato fatto oggetto, in ambito dottrinale, di aspre critiche, incentrate sul fatto che il nostro ordinamento esige la previsione (positiva) dell'evento e non la previsione negativa dello stesso. Tuttavia, tale elemento discretivo, se adeguatamente considerato - alla luce delle considerazioni svolte dal DE FRANCESCO⁴⁹ - se pure non pienamente idoneo e convincente nel rimarcare la maggiore gravità della colpa con previsione rispetto alla colpa incosciente, si rivela fondamentale nella delineazione della vera portata dell'elemento soggettivo nelle ipotesi di colpa cosciente. La teorica ha comportato approfondimenti dogmatici volti a scorgere l'esatta essenza dell'elemento negativo della previsione che si sono rivelati fecondi nell'opera di demarcazione della quale si tratta.

⁴⁸ G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Annuario dell'Università Cattolica del Sacro Cuore*, 1932, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, 1976, pag. 450; nonché G. DE FRANCESCO, *Op. cit.*, pag. 136, laddove lo studioso cita il parere conforme anche del CARRARA.

⁴⁹ G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1988, più volte citato.

Che la previsione negativa non sia stata ritenuta idonea a discernere la differenza qualitativa della colpa semplice dalla colpa cosciente deriva dalla constatazione che, se, da un lato, la rappresentazione che un determinato evento collaterale di reato non si realizzerà implica da parte dell'agente un certo impegno conoscitivo ed una sorta di *preoccupazione* per la salvaguardia dei valori presi di mira dall'ordinamento penale, al contempo, tale carattere della previsione negativa mal si concilia con l'aggravamento di pena previsto dal codice penale per la colpa cosciente rispetto all'incongruo minore rigore sanzionatorio di talune ipotesi di colpa semplice.

Com'è stato acutamente osservato dal ROMANO⁵⁰, la fiducia riposta dal reo nel fatto di essere in grado di scongiurare il verificarsi dell'evento accessorio riprovato dall'ordinamento potrebbe rivelarsi, in definitiva, meno grave e affatto degna di un aumento di pena rispetto ad una *nimia neglegentia* che ha escluso *ab initio*, nell'agente, qualsivoglia

⁵⁰ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Artt. 1 - 84, Giuffrè, Milano, 1987. pag. 397. Laddove si mette in luce che una gravissima disattenzione da parte dell'agente potrebbe rivelarsi ben più grave di certe ipotesi di colpa con previsione.

prefigurazione dell'evento collaterale, nelle manifestazioni della colpa *tout court*.

In sostanza, certe ipotesi di colpa con previsione presentano una cura per i valori sottesi ai beni giuridici maggiore di quella nutrita, per quegli stessi valori, dall'agente che si muova in un contesto caratterizzato da colpa incosciente.

Però, come accennato, il concetto di previsione negativa - se attinto nella sua essenza - è particolarmente utile nel tracciare i reali confini della colpa con previsione e, dovendosi ricavare *a contrario*, in negativo rispetto ai caratteri della colpa cosciente, le sembianze del dolo eventuale⁵¹; esso risulta fondamentale nell'opera di distinguo che ci occupa.

La *previsione negativa* dev'essere intesa quale previsione positiva dell'evento collaterale con l'ulteriore prefigurazione, in capo all'agente, che esso, nelle particolari circostanze in cui egli agisce, non si produrrà. Per comprendere appieno la colpa con previsione tale istituto dev'essere ricondotto ai caratteri fondamentali dell'illecito colposo. E', pertanto, necessario che

il reo, che agisce “*nonostante la previsione dell'evento*”, abbia percepito lo scopo di protezione sotteso alla regola cautelare violata e che sussista un rapporto di congruenza tra il fine di tutela proprio di tale regola e l'evento lesivo che concretamente si realizza⁵². L'agente, pur avendo attinto il significato teleologico della regola cautelare trasgredita, “*non si astiene dall'agire*” sostituendo “*consapevolmente la propria valutazione a quella posta alla base di tale regola, nella convinzione che l'evento ch'essa mirava appunto ad evitare non avrà tuttavia a verificarsi, in virtù di determinati fattori impeditivi dipendenti da circostanze esterne o da particolari capacità od attitudini di cui l'agente si ritiene in possesso*”⁵³. Si comprende, pertanto, la maggiore rimproverabilità giuridico penale del soggetto che versi in colpa cosciente; egli ha agito nonostante avesse percepito la portata e lo scopo di protezione

⁵¹ Tra gli altri S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, *Cit.*, pag. 68.

⁵² L'intera storia del *discrimen* tra dolo indiretto e colpa con previsione è costellata di formule ed espedienti logici improntati agli archetipi ricognitivi della colpa. Ciò si verifica non solo quando si cerchi un *principium individuationis* della colpa cosciente, ma anche laddove si tenti di definire il *dolus eventualis*. Così avviene anche per il noto e recente criterio elaborato dal CANESTRARI, fondato sulla possibilità di immaginare, nel caso e di fronte al rischio considerato, un agente modello. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Cit.*, pag. 153 e ss.

della regola cautelare trasgredita. La maggiore gravità della colpa con previsione rispetto alla colpa incosciente si evince, inoltre, da un altro imprescindibile elemento: la colpa cosciente costituisce - mutuando una terminologia algebrica - una sorta di *colpa al quadrato, una colpa della colpa*⁵⁴. Il reo agisce, infatti, nell'erroneo convincimento che l'evento lesivo in quello specifico caso in cui egli è calato ed agisce non si verificherà e tale errore dev'essere, nella colpa con previsione, esso stesso ascrivibile all'agente a titolo di colpa. Il soggetto deve ritenere colposamente - per negligenza, imprudenza o imperizia ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline - che la prescrizione cautelare non abbia un significato attuale poiché l'evento, pur previsto come possibile in casi di quel genere, nell'ipotesi specifica considerata non si realizzerà.

Emerge, dunque, netta la tematica dell'errore nella colpa cosciente. L'erroneo convincimento dell'agente è dipeso da colpa o *rectius*: è un errore determinato da colpa. Il reo versa,

⁵³ G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Cit., pagg. 140 – 141.

pertanto, doppiamente in colpa ed è maggiormente rimproverabile.

Per quanto concerne la questione di quale sia l'elemento del fatto su cui deve incidere l'errore del reo cui sia ascrivibile un elemento subiettivo di colpa con previsione, è abbastanza agevole intendere che il suddetto errore non possa semplicisticamente ricadere sullo stesso evento naturalistico del reato. Per tornare all'esempio fatto *supra* del lanciatore di coltelli, Numerio Negidio non può, allo stesso tempo, rappresentarsi la possibilità della lesione e non rappresentarsi il verificarsi della lesione di Seia nel caso specifico in cui egli agisce, senza ingannarsi su di un elemento della tipicità diverso dall'evento (naturalistico) del reato. Escludendo che l'agente liquidi senza troppe remore l'eventualità dell'evento lesivo in preda ad un deprecabile *ottimismo irresponsabile*, a ben vedere, Numerio Negidio deve prefigurarsi la sussistenza di un elemento impeditivo che si frapponga tra l'azione ed il danno paventato.

⁵⁴ Mi sia permesso promuovere in questa sede il conio offerto, che si è ritenuto suggestivo.

E' evidente, dunque, che l'errore del reo in colpa cosciente debba insistere sul nesso eziologico.

Se l'errore deve incidere sul nesso di causalità, l'interprete, all'atto di ricercare i labili confini tra dolo eventuale e colpa cosciente, dovrà stabilire, *in primis*, se il reo abbia colto la portata precettiva della norma cautelare trasgredita e, in un secondo momento, valutare se possa esser intervenuto un errore circa il nesso eziologico, se, cioè, l'agente, pur avendo attinto il tenore teleologico della regola di diligenza, possa aver fatto affidamento su determinati espedienti impeditivi che hanno interrotto il nesso causale, escludendo dallo spettro dell'elemento soggettivo la possibilità, concreta ed attuale, che nella specifica ipotesi vissuta dal reo l'evento lesivo si realizzasse effettivamente.

L'approfondimento della rappresentazione e della previsione negativa e di cosa, con tale concetto, debba effettivamente intendersi è imprescindibile e funzionale rispetto all'individuazione del *discrimen* tra dolo indiretto e colpa cosciente. Si comprende agevolmente, allora, quali siano i limiti euristici delle teoriche fondate sulla sola volontà, o

volontaristiche. Sostenere che l'agente debba esprimere il proprio “*consenso*” rispetto all'epilogo lesivo ovvero che debba prendere “*posizione*” riguardo alla lesione del bene protetto, o, ancora, che debba “*accettare il rischio*” di realizzare, quale evento collaterale della propria condotta, un fatto di reato, non aiuta affatto gli interpreti a delimitare ed identificare i casi in cui, effettivamente, il reo abbia *accettato questo rischio*, ovvero abbia *preso posizione* od espresso il proprio *consenso* rispetto alla produzione dell'evento lesivo. In definitiva, senza prendere le mosse dal concetto di rappresentazione negativa - che nel caso concreto l'epilogo lesivo non si realizzerà - e senza riferirsi agli approfondimenti dottrinali circa l'erroneo convincimento dell'agente e gli elementi del fatto tipico su cui l'errore deve incidere, le dottrine volontaristiche rischiano di esprimere tautologicamente che debba ravvisarsi il dolo eventuale allorché l'autore abbia conferito la propria adesione alla catena causale generatrice dell'evento di reato senza, tuttavia, addivenire alla definizione di criteri certi per individuare tale *intima adesione*. In altre parole, le teorie volontaristiche - di per sé considerate - portano l'interprete a

chiudersi in un labirinto gnoseologico e determinano un arresto dell'attività ermeneutica innanzi a formule basate su atteggiamenti interiori dell'agente di difficile individuazione. Quando può dirsi che il reo abbia davvero accettato il rischio?

Si è anche precisato che nel dolo eventuale debba esservi qualcosa di più della mera accettazione del rischio e, cioè, “*un atteggiamento di disprezzo*” verso il bene giuridico offeso, riscontrabile nella “*posizione emotiva del soggetto stesso nei confronti dell’evento*”⁵⁵. Questo *quid pluris*, delimiterebbe, pertanto, la sfera del dolo eventuale.

Si è, ancora, osservato che la teoria dell'accettazione del rischio darebbe spazio ad un diritto penale dell'atteggiamento interiore - *Gesinnungstrafrecht* - in termini rovesciati⁵⁶, nel senso che si configurerebbe il dolo eventuale anziché la colpa cosciente “*proprio nei riguardi delle persone più attente ai valori in gioco e maggiormente motivate secondo le norme*

⁵⁵ A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (in tema di dolo eventuale, dolus in re ipsa ed errore su legge extrapenale)*, in AA. VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, (a cura di ALFONSO M. STILE), Jovene, Napoli, 1991, pag. 116.

⁵⁶ L. EUSEBI, “*Il dolo nel diritto penale*”, in *Studium Juris*, n. 10, Cedam, Padova, 2000, pag. 1072 e ss.

*giuridiche*⁵⁷ privilegiando così “l’ottimismo irresponsabile”, e pregiudicando chi agisca con un tasso di maggiore realismo e senso critico, sia pure *in re illicita*. Secondo il brillante ed efficace compendio del VENEZIANI⁵⁸, infatti, muovendo “*dalla premessa secondo cui vi è dolo eventuale quando il soggetto ha agito prevedendo la possibile o probabile realizzazione dell’evento, ed accettandone il relativo rischio, mentre vi è colpa con previsione qualora il soggetto abbia agito con la certezza soggettiva (confidando per esempio nella propria abilità personale, o in circostanze esterne favorevoli) che l’evento non si sarebbe verificato (pur avendolo in un primo momento previsto), si approderebbe a risultati incongrui, punendo più severamente chi, prima di agire, rifletta sulle possibili conseguenze della propria condotta rispetto a chi, del tutto sconsideratamente, neppure si ponga il problema (...)*”. Si rivelerebbe assolutamente ingiusto trattare in modo peggiore un individuo ansioso e pessimista tendente a prefigurarsi sempre conseguenze nefaste e pregiudizievoli

⁵⁷ P. VENEZIANI, Op. Cit., pag. 73.

⁵⁸ P. VENEZIANI, *ibidem*.

rispetto a chi non si soffermi neppure un attimo a riflettere e ponderare i possibili effetti della propria condotta.

Secondo il PROSDOCIMI, l'accettazione del rischio risulterebbe esser elemento proprio anche della colpa cosciente, rappresentando un denominatore comune alle due forme di colpevolezza in esame⁵⁹.

Le differenze tra le due figure risiederebbero nel livello di accettazione: l'accettazione sarebbe *meditata* nel dolo eventuale, per cui dolo eventuale si avrebbe quando il rischio è accettato non per pura avventatezza o leggerezza, bensì in seguito ad una deliberazione con la quale l'agente, consapevolmente, subordina un determinato bene ad un altro. Nella colpa con previsione difetterebbe tale deliberazione e l'accettazione del rischio non si presenterebbe quale contropartita voluta dal reo per il perseguimento, a qualsiasi costo, del suo fine, ma discenderebbe da un coefficiente subiettivo improntato a mera imprudenza o negligenza.

⁵⁹ S. PROSDOCIMI, Op. Cit. pag. 46. Si rammenta che secondo altri autori l'accettazione del rischio costituirebbe un criterio di accertamento della colpa e non del dolo, così A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *L'Indice penale*, n. 1, 2010, pag. 16.

Affinché si configuri il dolo eventuale, quindi, non basta la mera previsione del possibile verificarsi dell'evento ma è necessario che l'evento sia considerato l'eventuale prezzo da pagare per il raggiungimento del fine in questione.

Allo scopo di distinguere il dolo indiretto dalla colpa cosciente residuerebbe la problematica investigazione sul *come* e *perché* il rischio è stato accettato.

Ma o nel soggetto agente vi è la coscienza del sussistere del rischio, o il soggetto agente ritiene che il rischio, pur segnalato da regole comportamentali di cui sia consapevole, nel caso vissuto e considerato non sussista. In ogni caso, resterebbe affidata a ricerche nel foro interno del reo l'identificazione di un elemento soggettivo non direttamente estrapolabile sulla base di fatti esteriori e di fenomeni constatabili in sede di accertamento processuale⁶⁰.

Esiti interpretativi più soddisfacenti possono, invece, ottenersi rivalutando gli elementi volontaristici del dolo

⁶⁰ Sovente, ogni considerazione sull'elemento subiettivo è destinata ad imbattersi sull'ineludibile constatazione che "*l'indagine sul dolo si sostanzia nell'inferire da un comportamento esteriore un atteggiamento interiore*", così G. LICCI, *Dolo eventuale*, *Cit.*, pag. 1511, laddove l'Autore riporta il pensiero di M. GALLO, voce *Dolo (Dir. Pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, 1964, pag. 801 e s.

indiretto al lume delle argomentazioni svolte *supra* circa la
previsione negativa e le sue evoluzioni dogmatiche.

CAPITOLO II

Il *dolus eventualis* come dolo minimo e tesi discretime minoritarie.

§ - 1 L'elemento voloniaristico nel dolo eventuale alla luce della dottrina sull'errore sul nesso eziologico.

L'individuazione dell'elemento del fatto sul quale deve incidere l'errore del reo che versi in colpa cosciente affinché sussista effettivamente una apprezzabile differenza quantitativa e qualitativa tra colpa semplice e colpa con previsione ha l'indiscutibile merito di aver reso possibile una più corretta sussunzione dello stesso dolo eventuale negli schemi di imputazione soggettiva contemplati dal vigente tessuto normativo. Si comprende, infatti, che la *mens rea* dolosa dell'agente che si sia prefigurato la possibilità della lesione di un determinato bene giuridico, quale conseguenza collaterale della propria condotta, presuppone - in negativo - che lo stesso

non sia incorso in errore circa il nesso di causalità e non si sia, pertanto, rappresentato, al contempo, dei fattori impeditivi che rendessero vana, ai suoi occhi, nel caso di specie, la forza precettiva della regola di diligenza violata. Emerge ancora una volta, chiaramente, il carattere negativo del dolo eventuale rispetto alla colpa con previsione. La forma di imputazione soggettiva contigua alla colpa aggravata dalla previsione dell'evento, del dolo eventuale, deve ricavarsi *a contrario*. Pertanto, se la colpa cosciente contempla, rispetto alla colpa incosciente, il requisito costituito dalla percezione dello scopo di protezione della regola cautelare unitamente alla convinzione che nel caso di specie l'evento lesivo che la regola di diligenza è volta ad evitare non si realizzerà per il concorso di determinati fattori ostativi, allora, simmetricamente, il dolo indiretto potrà configurarsi allorché il reo, rappresentandosi la possibilità della lesione del bene giuridico non incorra, al contempo, in alcun errore circa il nesso di causalità⁶¹. Il dolo eventuale, dunque, sussisterà sol che l'agente - in costanza di

⁶¹ S. CANESTRARI, Op. Cit., pag. 68 e *passim*.

rappresentazione circa la possibilità dell'evento lesivo - non possa prefigurarsi alcuna interruzione del nesso eziologico.

Ove non si verificchi nel processo motivazionale alcun errore sul nesso causale che connette l'evento lesivo alla condotta, allora l'autore non può sottrarsi al maggiore rigore sanzionatorio connesso alla forma di imputazione dolosa e dovuto alla necessaria previsione della conseguenza lesiva della condotta stessa. Se l'autore ha previsto l'epilogo lesivo della propria azione e, ciononostante, ha agito, può già affermarsi che egli ha *voluto* quell'evento quale conseguenza della propria condotta. L'azione del reo, in tale contesto, non essendo sorretta dall'intenzionalità darà luogo alla forma meno intensa del dolo, il *dolus eventualis*.

A ben vedere, il dolo indiretto è un *dolo minimo*. Costituisce della forma di imputazione subiettiva ordinaria la manifestazione più *essenziale*⁶². Se l'agente, riconoscendo il significato precettivo della regola cautelare violata, e prevedendo la possibilità di un evento accessorio riprovato dall'ordinamento, ha scorto - senza errori di sorta nella

prefigurazione della catena causale - la possibile conseguenza della propria azione nello specifico e concreto caso considerato, ponendo in essere - *coûte que coûte* - la propria condotta, ciò significa, al tempo stesso, che egli *ha voluto* quell'evento collaterale.

A questo punto è opportuno rilevare, così come acutamente sostenuto dal DE FRANCESCO⁶³, che la formulazione letterale dell'art. 43 cod. pen. non è ostativa rispetto all'attrazione nel suo spettro dello stesso dolo eventuale. Il dolo eventuale, pertanto, non sarebbe il mero frutto delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, ma godrebbe di un solido aggancio normativo e discenderebbe direttamente dalla previsione legale dell'art. 43 cod. pen⁶⁴. La norma recita: "*Il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto,*

⁶² G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Cit., pag. 149.

⁶³ G. DE FRANCESCO, *Op. Cit.*, pag. 147.

⁶⁴ In questo modo anche il dolo eventuale diventa espressione di una "*volontà pianificatrice*" coerente con la definizione del delitto doloso "*secondo l'intenzione*" fornita dall'art. 43 cod. pen. S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Op. Cit., pag. 33.

è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione”.

L'aver voluto l'evento lesivo, nella sua accezione *minima*, non comprende anche l'averlo premeditato - com'è ovvio - ma neppure averlo solo desiderato; e non significa neanche averlo *intenzionalmente* voluto⁶⁵. Significa aver previsto le conseguenze della propria azione e, nonostante ciò, aver agito anche a costo di provocare quelle conseguenze stigmatizzate dall'ordinamento penale⁶⁶. L'intenzionalità non sarebbe requisito indefettibile del dolo⁶⁷.

Questa ricostruzione consentirebbe, pertanto, di collocare anche il dolo indiretto nell'impianto codicistico e di erigere il dolo eventuale a figura base ed *essenziale* del dolo, anziché *<<marginale>>*⁶⁸.

⁶⁵ Resterebbero, pertanto, pienamente autonome le figure del delitto *intenzionale* e del delitto *secondo l'intenzione*. In tal senso, G. LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, pag. 1501, nonché S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, *Cit.*, *ibidem*.

⁶⁶ DELITALA affermava che *"L'atto di volontà è atto di elezione, atto di scelta, e in tale scelta i risultati non desiderati sono stati, se previsti, sicuramente messi in conto, poiché rappresentano il costo del conseguimento del fine perseguito dall'agente"*. G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, (*Annuario Univ. Catt. S.C.* 1932), in *ID.*, *Raccolta degli scritti*, vol. I^o, Milano, 1976, pag. 443.

⁶⁷ Il che spiegherebbe, peraltro, la plausibilità ontologica e dogmatica di un dolo intenzionale distinto dal dolo diretto.

⁶⁸ L'espressione è di F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, Giuffrè, 1960, pag. 27, nota 45.

Paradossalmente, seguendo l'impostazione offerta dal DE FRANCESCO, è il dolo intenzionale che si configurerebbe quale forma speciale di dolo, che contempla oltre al dolo indiretto-base (inteso così come esplicitato *supra*) anche un *quid pluris* costituito dall'intenzionalità. Pertanto, l'intenzionalità non sarebbe uno dei caratteri sommi del dolo, ma un elemento specializzante, ironia della parola, soltanto *eventuale*, foriero di quella maggiore *intensità* da tenere in considerazione, *ex art. 133, I comma n° 3 cod. pen.*, nella dosimetria della pena.

§ - 2 Teorie di dottrina minoritaria.

Si annoverano, altresì, quali criteri discretivi tra dolo eventuale e colpa cosciente, elaborazioni di dottrina minoritaria riconducibili tutte ad una matrice, per così dire, "*psichico-emotiva*".

Uno di questi criteri è imperniato sulla "*speranza*". In forza di esso si richiede che l'autore, all'atto di tenere la condotta che cagiona l'evento lesivo accessorio, *speri*, in ultima analisi, che esso non si produca.

E' agevole intendere quale sia l'immediata obiezione che sorge spontanea rispetto a tale elaborazione. La teoria della “*speranza*” risulta poco efficace in quanto anche nelle fattispecie sussumibili sotto la cornice astratta del dolo eventuale è possibile (ma è, al contempo, del tutto indifferente e non impeditivo della configurazione del dolo) che l’agente *speri* che l’evento dannoso non si verifichi. Ciò che conta, però, è che il reo abbia accettato il rischio dell'effettiva realizzazione dell'evento, prendendo interiormente posizione rispetto a tale rischio, a nulla rilevando che, nel profondo, egli nutra la speranza della concreta non verificazione del “*danno ad altri*”⁶⁹ in quello specifico caso.

Secondo il criterio c.d. della “*fiducia*” è richiesto che il soggetto attivo confidi che l'evento lesivo collaterale non si realizzi. La *fiducia* è, pertanto, l’affidamento che l’agente fa sul fatto che l’evento non si verificherà. Tale fiducia è una sorta di “*certezza*” soggettiva che l’agente, quasi per rassicurare se stesso, erige interiormente, senza tuttavia fondare tale stato d'animo su riscontri concreti che possano

⁶⁹ Qui l'espressione è adoperata quale sinonimo di evento di reato. Il

costituire un errore sul nesso eziologico tale da sottendere, esso sì, un coefficiente soggettivo di colpa con previsione (negativa).

Anche rispetto a tale impostazione dogmatica minore non si può non aderire alle perplessità nutrite dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza, per cui tale criterio non può essere accolto. E' evidente che fondare il *discrimen* tra dolo eventuale e colpa con previsione sulla fiducia soggettiva riposta dall'agente sulla non verificazione dell'evento lesivo collaterale significherebbe adottare un sistema premiale di un'inaccettabile ottimismo irresponsabile ed irrazionale dell'agente. Nell'esempio formulato *supra* l'avventato Numero Negidio dovrebbe rispondere a titolo di colpa cosciente qualora avesse nutrito *fiducia* circa il fatto di non attingere al petto la ragazza e di non procurarle la ferita letale. Le assurde conclusioni cui si perverrebbe non abbisognano di ulteriori delucidazioni. Il diritto penale e, in particolare, un diritto penale del fatto e dell'oggetto, come il nostro, non può premiare simili atteggiamenti dell'agente, né dare ingresso alla

riferimento è chiaramente all'*Harm principle* di matrice anglosassone.

“*fortuna*”, quale canone di identificazione delle fattispecie penali o anche soltanto quale elemento ricognitivo dei requisiti subiettivi di imputazione, con un ruolo così dirimente.

Tra le teorie volontaristiche minoritarie trovano, inoltre, spazio la teoria dell'*indifferenza* o del *sentimento* (o della *Gesinnung*) e la teoria dell'*approvazione*⁷⁰, che pongono l'accento sull'atteggiamento squisitamente interiore dell'agente.

Si avrà dolo eventuale nel caso di approvazione o mera indifferenza rispetto all'evento; colpa con previsione, invece, nel caso di colui che, pur prevedendo concretamente l'evento, non ne desideri la verifica e spera che non si verifichi.

Al di là dell'ardua delimitazione dell'autonomia dogmatica di questa figura rispetto alla sopra esposta dottrina della *speranza*, è evidente che, essendo il diritto penale, basato su fondamenti oggettivi, improntato alla tutela di determinati beni giuridici e ispirato al principio di colpevolezza, la

⁷⁰ Massimo esponente della teoria dell'indifferenza fu ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, pag. 233 e ss. Così come riportato da S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Cit., pag. 44. Mentre per la teoria dell'approvazione si annoverano in Germania MAURACH, VON HIPPEL, BAUMANN e WEBER. In Italia PECORARO - ALBANI, *Il dolo*, Jovene, Napoli, 1955, pag. 306 e ss.

definizione del dolo e la sua funzione non possono essere concepite nella sola dimensione interiore.

In definitiva, i canoni discretivi improntati alle situazioni psichico-emotive del reo non possono esser presi in seria considerazione quali criteri di discernimento tra dolo eventuale e colpa cosciente, trattandosi - così come inteso da Autorevole Dottrina - di stati soggettivi del reo “*dal contenuto evanescente ed inafferrabile*”⁷¹, pur dovendosi all'elaborazione teorica sviluppata attorno ad essi il merito di aver valorizzato la situazione psichico-soggettiva dell'agente nella prospettiva della ricerca del dolo.

⁷¹ G. DE FRANCESCO, *Op. cit.*, pag. 145. Nello stesso senso S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Cit., pag. 45. Le critiche alle

teorie psichico-emotive o emozionali sono, del resto, unanimemente condivise dalla dottrina.

PARTE SECONDA

CAPITOLO I

Risikotheorie

§ - 1 Problematiche dell'accertamento del dolo eventuale secondo i criteri volontaristici e distinzione dei tipi di rischio, doloso e colposo alla luce della sistematica tripartita.

La trasposizione dal piano teorico a quello pragmatico-applicativo di criteri quale *l'accettazione del rischio*, *la presa di posizione* dell'agente, *la decisione per la possibile violazione del bene giuridico*, hanno comportato non poche difficoltà ermeneutiche in sede giudiziale. Tali canoni, se disgiunti da un attento esame di precisi indicatori fattuali, rischiano di relegare l'accertamento dell'elemento subiettivo nelle ipotesi contigue di dolo eventuale e colpa cosciente ad un piano meramente interiore e non attingibile *ab externo*.

E' chiaro che l'atteggiamento interiore del reo, in sede giurisdizionale, non potrà mai formare oggetto di indagine scientifica con livelli di sicurezza paragonabili a quelli delle

verifiche empiriche che ben si attagliano all'indagine sugli elementi fattuali.

Nessun Giudicante penale, per usare un'iperbole, potrà mai disporre una Consulenza Tecnica finalizzata ad accertare l'effettiva esistenza dell'*accettazione del rischio* da parte dell'agente o la sua interiore *presa di posizione*, o la sua *decisione* per la possibile violazione e lesione del bene giuridico tutelato.

Se i Giudici godessero di simili strumenti d'indagine il distinguo che ci occupa risulterebbe molto meno arduo da operare e l'elemento volitivo del dolo eventuale, finalmente selezionato nella sua forma *pura*, costituirebbe un sicuro e netto *discrimen* rispetto alla colpa aggravata dalla previsione dell'evento (il limite superiore della colpa).

Ma, da un lato, nessun interprete può fruire di strumenti investigativi dell'io agente nei suoi meandri interiori; dall'altro, non deve dimenticarsi che dolo e colpa non si risolvono in meri fenomeni psichici. I loro aspetti spersonalizzati plasmano lo stesso fatto tipico colorando

diversamente ed in modo univoco la tipicità dolosa e quella colposa.

A ben vedere, l'adesione, nell'ambito dell'analisi sistematica, alla concezione tripartita del reato, non può non produrre conseguenze anche sulle forme finite dell'imputazione soggettiva dell'illecito penale.

I teorici della tripartizione, com'è noto, sono fautori di una scomposizione del reato in tre elementi fondamentali, nella dottrina tedesca: *Tatbestand*, *Rechtswidrigkeit* e *Schuld*⁷². In tale sistematica tripartita dolo e colpa non rilevano solo a livello di “*elemento soggettivo*”. I requisiti subiettivi di imputazione perdono la loro antica connotazione dicotomica per scomporsi, a loro volta, in elementi personalistici ed impersonali. Verrebbero, pertanto, in considerazione un elemento oggettivo ed uno soggettivo della tipicità, dolosa e colposa. Tale binomio rende tuttora attuale la classica concezione bipartita del reato, ponendo l'accento su di un elemento soggettivo ed un elemento oggettivo del *Tatbestand*.

⁷² Il trinomio, com'è noto, corrisponde alle nostre categorie, nell'ordine, della *tipicità*, *antigiuridicità* e *colpevolezza*.

La partizione del reato in *tipicità*, *antigiuridicità* e *colpevolezza*, concezione accolta dalla dottrina predominante⁷³, spiega i suoi effetti anche in merito ai criteri di ricognizione del *dolus eventualis*.

In particolare, gli esiti dogmatici delle elaborazioni fondate sulla concezione tripartita conducono ad una precollocazione degli aspetti impersonali (od oggettivi) del dolo e della colpa già a livello di fatto tipico. Il fatto tipico doloso è intrinsecamente diverso da quello colposo già a livello di tipicità. Si rinviene, dunque, una *tipicità dolosa* ed una *colposa* che permea di sé gli estremi fattuali; fermo restando che per addivenire ad un'imputazione soggettiva conforme ai principi costituzionali ed ossequiosa, in particolare, del canone della *colpevolezza*, non può prescindersi dall'indefettibile valutazione circa la rimproverabilità del fatto al reo secondo un giudizio personalizzato.

Si individuerebbe, in ultima analisi, una *misura oggettiva* dell'illecito penale suscettibile di un riscontro

⁷³ Per tutti G. FIANDACA-E. MUSCO, Op. cit.; A. CADOPPI-P. VENEZIANI,

concreto, attuabile in un momento anteriore ed impersonale del piano fattuale, prescindendosi dall'indagine sulla colpevolezza dell'agente. L'esame circa la colpevolezza del reo residuerebbe quale indagine supplementare da intraprendere solo al cospetto di un fatto preliminarmente qualificato e classificato come *tipico ed anti giuridico*.

Le risultanze dogmatiche proprie della concezione tripartita si riverberano anche sull'ardua opera di distinzione tra dolo indiretto e colpa cosciente.

Il binomio concettuale *de quo* dev'essere anch'esso calato nella sistematica tripartita. In tale ottica assume preminente importanza l'esame della tipicità del rischio assunto dall'agente, prima ed a prescindere dall'indagine circa la sua effettiva accettazione da parte del reo nel foro interno.

Il *discrimen* tra dolo eventuale e colpa con previsione si risolverebbe, sul piano oggettivo, nell'aprioristica catalogazione ed allocazione dei rischi.

La *Risikotheorie* fonda la linea di demarcazione tra le forme contigue di dolo e colpa sulla natura del rischio assunto

Elementi di diritto penale, parte generale, Cedam, Padova, 2002.

dall'agente. Tale opzione teorica è senz'altro suggestiva e si appalesa coerente alla sistematica tricotomica, collocandosi nel solco dogmatico della tripartizione del reato in tipicità, antigiuridicità e colpevolezza.

Si conferma, pertanto, anche per le figure finite di dolo indiretto e colpa con previsione *“la validità dello schema concettuale <<da aliud a aliud>>, oggi unanimemente utilizzato per sottolineare la contrapposizione tra le forme <<dirette>> del dolo e la colpa incosciente”*⁷⁴.

§ - 2 Il rischio penalmente rilevante come dato omogeneo.

Preso atto che l'identificazione della natura del rischio assunto dall'agente è fase imprescindibile e preliminare rispetto alla selezione della condotta sorretta da dolo eventuale ed alla sua distinzione dalla colpa con previsione, è d'uopo fare una precisazione. Non è sufficiente per l'interprete individuare un generico rischio penalmente rilevante; selezionare ed

⁷⁴ S. CANESTRARI, Op. Cit., pag. 16.

allocare i pericoli che appaiono degni dell'anatema penale per poi imputarli a titolo di dolo indiretto e di colpa cosciente sulla base dell'elemento volontaristico.

Il *discrimen* fondato sulla natura del rischio assunto dal reo, nella sua formulazione più matura, comporta una vera distinzione dei tipi di rischio. La tipicità dolosa non può semplicemente corrispondere alla *misura oggettiva* della colpa in concomitanza ad un atteggiamento di accettazione del rischio o di decisione di possibile lesione del bene giuridico.

Va quindi superata la teoria di un'identità strutturale dei delitti dolosi e colposi a livello oggettivo⁷⁵. Si devono piuttosto identificare rischi intrinsecamente dolosi e rischi intrinsecamente colposi.

Infatti, ritenere che esista un unico livello di rischio tollerato dall'ordinamento che l'agente dovrebbe rappresentarsi e riconoscere *ex ante* - così come sostenuto dai teorici dell'imputazione obiettiva (*objektive Zurechnung*) - equivarrebbe, ancora una volta, a risolvere la problematica

⁷⁵ In tal senso era anche la teoria elaborata da uno dei massimi esponenti della *Risikotheorie*, FRISCH.

distinctio tra dolo eventuale e colpa con previsione nella ricerca dell'elemento volontaristico differenziale.

A conclusioni non dissimili si perverrebbe seguendo l'impostazione dogmatica in forza della quale non v'è delitto doloso che non contenga in sé l'elemento materiale del corrispondente delitto colposo, costituito dalla trasgressione di una regola cautelare. Il celebre “*non c'è dolo senza colpa*”⁷⁶.

In realtà, la condotta dolosa e la condotta colposa presentano tipi di pericolosità strutturalmente diverse e non è affatto scontato che il delitto doloso comporti la necessaria violazione di regole cautelari codificate e rilevanti nelle corrispondenti fattispecie (reali od ipotetiche) colpose.

Sussistono pluralità di rischi nell'ambito dei quali il dolo si proietta, intenzionalmente, sull'esito lesivo perseguito, senza la violazione di alcun protocollo di diligenza oggettivo ed ove soltanto le superiori conoscenze dell'agente, nella sfera soggettiva, consentono di sfruttare situazioni oggettive prive di disvalore in sé, per provocare esiti delittuosi.

⁷⁶ G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991.

Si pensi all'esempio biblico del Re Davide. Questi, innamoratosi della bellissima Betsabea, dopo aver ceduto alla tentazione di congiungersi carnalmente con lei ed aver commesso adulterio, richiamò dal fronte suo marito Uria l'ittita, ufficiale impegnato nell'assedio della città ammonita di Rabbah, affinché passasse la notte a casa e potesse così mascherare come legittima la nascita del figlio che Betsabea aveva concepito con Davide, frutto peccaminoso dell'adulterio. Non riuscito nell'intento per il rigore del guerriero, che non accettò il privilegio di tornare al tepore del focolare domestico mentre i suoi commilitoni erano al fronte, Re Davide decise di sbarazzarsi definitivamente di Uria. Com'è noto, Davide ordinò che Uria l'ittita venisse posizionato a combattere in prima linea, lì dove infuriava la battaglia, affinché cadesse sotto i colpi dei nemici⁷⁷. Nell'esempio tratto dalla tradizione mosaica l'agente, Re Davide, non ha esposto l'ufficiale ad un rischio non consentito, né vi fu violazione dei protocolli di guerra

⁷⁷ Sacra Bibbia, Edizione C.E.I., 2, Samuele 11,14-15: 14. *“La mattina dopo, Davide scrisse una lettera a Ioab e gliela mandò per mano di Uria”*. 15. *“Nella lettera aveva scritto così: «Ponete Uria in prima fila, dove più ferve la mischia; poi ritiratevi da lui perché resti colpito e muoia»*”.

allorché gli altri guerrieri non si unirono alla lotta di Uria restando a combattere nella loro posizione (come ordinato dal Re), ma non può esservi perplessità, non solo secondo la legge divina del vecchio testamento, ma anche in base ai criteri penalistici del Codice Rocco, che la condotta di Davide sia contraddistinta dal dolo dell'omicidio (in questo caso addirittura premeditato) sebbene non possa rinvenirsi, nell'ordine regale, la diretta violazione di alcuna norma cautelare⁷⁸.

Si consideri, *ad abundantiam*, anche il caso del chirurgo che si trovi ad operare in condizioni di urgenza l'amante di sua moglie che sa essere affetto da una peculiare forma di allergia ad un anestetico di uso comune. Così, il sanitario - dopo aver disposto l'esecuzione degli esami di *routine* e senza richiedere controlli più approfonditi non imposti dai protocolli medici - sottopone ad operazione il rivale d'amore somministrandogli l'anestetico che, effettivamente, gli risulta letale. A ben vedere, il chirurgo malevolo ha sfruttato la propria scienza

⁷⁸ Secondo la tradizione, dopo che il profeta Natan ebbe rimproverato al Re la sua colpa, il pentimento di Davide per la morte di Uria avrebbe ispirato uno dei più famosi *Salmi*, noto come il "*Miserere*".

privata per perseguire un fine illecito, che è senza dubbio sorretto dal dolo intenzionale.

In un'ipotesi siffatta, così come nel precedente esempio biblico, non si dubita essere in presenza di dolo pur non potendosi rinvenire alcuna violazione di regole cautelari oggettive (nel caso del chirurgo i controlli di *routine* sono stati eseguiti; nell'esempio tratto dal Libro di Samuele non v'era obbligo di protezione dell'ufficiale ittita Uria ed il combattimento in prima fila corrispondeva ad un rischio consentito e lecito per il guerriero), e non sussiste la possibilità di imputazione obiettiva colposa quale nocciolo interiore del fatto doloso.

Non può, pertanto, identificarsi un omogeneo livello di rischio consentito nell'ordinamento che sia rilevante tanto negli illeciti dolosi che in quelli colposi⁷⁹, pur dovendosi ancorare la definizione della dimensione oggettiva del rischio rilevante nel dolo eventuale a coefficienti di tipo normativo.

⁷⁹ “Tra l'altro, qualora fosse accolto il principio <<non c'è dolo senza colpa>>, potrebbero generarsi anche pericolosi fraintendimenti riguardo alla concretezza dell'accertamento dell'elemento conoscitivo del dolo, che rischierebbe di assumere una natura meramente normativa e quindi di essere attratto nell'ambito di uno schema presuntivo, teso a confondere la conoscenza

§ - 3 Rischi intrinsecamente dolosi ed intrinsecamente colposi.

La precisa selezione dei rischi secondo una rigorosa dicotomia che prevede rischi dolosi, da un lato, e rischi colposi, dall'altro, risponde meglio alla concezione, di matrice tripartita, che tende alla ricostruzione del fatto doloso e del fatto colposo da *aliud* ad *aliud*. L'identificazione della natura del rischio, in sé e per sé considerato, e la sua qualificazione a priori è funzionale a “*proporre un criterio di semplificazione probatoria della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente. Alle difficoltà di risalire al tipo di atteggiamento psicologico dell'agente si cerca di ovviare trasferendo il problema dal piano soggettivo a quello oggettivo, e cioè ricostruendo la struttura delle due figure in funzione di una pura e semplice verifica del tipo di rischio oggettivamente riscontrabile nelle singole ipotesi*”⁸⁰.

<<attuale>> di tutti i connotati del fatto <<doloso>> con la verifica della <<possibilità di rappresentazione>>”, S. CANESTRARI, Op. Cit., pag. 116.

⁸⁰ DE FRANCESCO, Op. Cit., pag. 132.

Il discernimento dei rischi penalmente rilevanti e la loro allocazione nelle categorie del dolo e della colpa deve al giurista tedesco HERZBERG il conio del criterio selettivo fondato sulla c.d. *schermatura* del rischio⁸¹.

Nell'ambito del binomio ideato dal giurista tedesco, “*schermato*” (*abgeschirmt*) è il rischio corso dall'agente in una situazione di pericolo dominabile dal reo stesso, dalla vittima o da un terzo. Al contrario, “*non schermato*” (*unabgeschirmt*) sarebbe il rischio accettato dall'agente in una situazione da lui non dominabile ed affidato, durante o dopo l'esecuzione della condotta, totalmente od in modo preponderante al caso; di talché l'agente non possa confidare, per repellere psicologicamente la possibilità della lesione, neppure in espedienti antagonistici attuati da terzi o dal soggetto passivo della condotta.

E' evidente l'analogia con la dottrina di ARMIN KAUFMANN, con la precisazione che nella teorica dell’*“operosa volontà di evitare”* i fattori impeditivi rispetto alla produzione

⁸¹ HERZBERG, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes*, JuS, 1986, così come riportato da S. CANESTRARI, Op. Cit., pagg. 62 e ss.; 118 e ss. e *passim*.

degli esiti lesivi collaterali dipendono sempre ed esclusivamente da un'attività dello stesso agente. Cosicché il reo può motivare la propria ragionevole fiducia nella non verifica dell'epilogo lesivo solo adducendo la personale predisposizione di cautele e misure impeditive.

Invece, secondo la teoria di HERZBERG, la controllabilità o dominabilità del rischio dipendono anche da altri *elementi schermanti* che fungono da altrettanti indicatori di un atteggiamento subiettivo improntato alla colpa cosciente.

Declinando il paradigma della schermatura, pertanto, dovrebbe ravvisarsi la colpa con previsione e non il dolo indiretto in capo al Direttore dei Lavori che in un cantiere edile faccia salire su di un'impalcatura priva di dispositivi di sicurezza un carpentiere di cui conosce l'esperienza e le doti di equilibrio, potendo quindi fare affidamento sulla maggiore prudenza dell'operaio.

Proprio l'esempio da ultimo considerato consente di fare riferimento al concetto di "*protezione di riserva*" (o "*sicurezza di riserva*"), adottato da HERZBERG per definire quei casi in cui il soggetto passivo si espone coscientemente alla situazione di

pericolo creata o permessa dall'agente, ingenerando nel reo una poziore fiducia circa la non verificazione dell'evento lesivo e fungendo, così, da criterio negativo del *dolus eventualis*.

Per quanto “*raffinata*”⁸², l'elaborazione di HERZBERG - la quale gode anche di un certo favore in ambito giudiziale, consentendo agli interpreti di meglio districarsi tra le molteplici fenomenologie di pericolo e di valutare, in base all'esistenza della “*schermatura*”, l'approccio psicologico dell'agente - non è pervenuta ad una vera e propria definizione dei rischi dolosi e colposi sul nudo piano oggettivo.

Maggiormente calzante sotto il profilo da ultimo enunciato si presenta, invece, la teoria elaborata dalla PUPPE⁸³. Secondo l'autrice teutonica, per identificare il rischio che contraddistingue la tipicità dolosa nel *dolus eventualis* è necessario considerare il contegno dell'agente - in costanza di imputabilità - alla luce della sua supposta capacità di partecipare al processo di comunicazione sociale, quale soggetto autonomo e razionale. “*Soltanto la valutazione*

⁸² In questo senso già S. CANESTRARI, Op. Cit. pag. 62.

⁸³ PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des Dolus eventualis*, teorica così come riportata dal CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Cit. pag. 119.

concernente la condotta di una persona che si suppone capace di optare, in modo razionale, tra alternative comportamentali, consente di stabilire come si configurano i rischi colposi e quali siano i rischi dolosi. I primi sarebbero quei pericoli rispetto ai quali, <<non solo un singolo determinato reo, bensì chiunque agisca in modo razionale e giudizioso, secondo criteri dotati di validità generale, può avere una fiducia “seria” (e non soltanto vaga) nel fatto che non si realizzino nell'evento>>. Viceversa, occorre definire dolosi quei rischi che l'agente razionale deciderebbe di correre <<soltanto se concordasse con la loro verifica>>”⁸⁴. L'elaborazione della PUPPE consente, dunque, un'oggettivizzazione dell'indagine sul dolo eventuale attraverso la valorizzazione dell'evidenza del pericolo e della verosimiglianza della concretizzazione del rischio (che risponde alla scopo di protezione della regola cautelare), in ragione della prossimità, o contiguità rispetto ad esso del contesto in cui il reo agisce ed in virtù di una valutazione dell'agente secondo i criteri di una razionalità media universale.

⁸⁴ S. CANESTRARI, Op. Cit. *ibidem*.

Si può obiettare che la concezione sopra riportata non tenga in adeguata considerazione le eventuali distorsioni della percezione dell'agente concreto dovute a peculiarità del contesto che funge da teatro della condotta non suscettibili di astrazioni generalizzanti.

In simili frangenti la pietra di paragone dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, figura in cui è cristallizzato l'angolo visuale dell'ordinamento penale⁸⁵, potrebbe non funzionare adeguatamente, non attagliandosi ad ogni sfaccettatura dell'ipotesi concreta vissuta dall'agente⁸⁶.

In definitiva, la selezione dei rischi dolosi e di quelli colposi in base alla dottrina recentemente elaborata dalla PUPPE necessita di qualche correttivo. L'astrazione che impone di indossare la maschera dell'agente modello e di supporre che il reo, quale uomo razionale, abbia osservato la scena del

⁸⁵ Celebre è la definizione di KAUFMANN, spesso ripresa dalla dottrina italiana tanto da esser divenuta tralatizia, secondo la quale l'*homo eiusdem* può essere descritto quale “*personificazione del punto di vista dell'ordinamento giuridico*”.

⁸⁶ Ciò ha chiarito da tempo anche la Cassazione ritenendo non sufficiente l'obiettiva prevedibilità dell'evento: “*al fine di accertare la ricorrenza del dolo eventuale o della colpa con previsione dell'evento, non è sufficiente il rilievo che l'evento stesso si presenti come obiettivamente prevedibile, dovendosi avere riguardo alla reale previsione e volizione di esso, ovvero all'imprudente o negligente valutazione delle circostanze di fatto*”. (Cass. Pen., Sez. I, 15.7.1988, n° 6581).

crimine dallo stesso angolo visuale e, con tale ragionevole consapevolezza, abbia compiuto, in fine, la scelta di correre il *rischio doloso* non può davvero funzionare secondo schemi moralmente asettici, e senza il riferimento - anche se a volte inconscio - ad un sistema di valori.

Alla prova della vita reale e sottoposta al vaglio giudiziale, la linea di demarcazione tracciata in base alla pura natura del rischio appare più impregnata di giudizi di valore rilevanti sul piano morale di quanto possa immaginarsi ad un primo approccio.

E' evidente, infatti, che il modello d'agente razionale da adottare quale pietra di paragone è destinato ad assumere sembianze diverse in base alle personali concezioni e convinzioni di ciascun interprete. Pertanto, l'attività ermeneutica fondata sulla nuda e cruda natura del rischio assunto dal reo non si rivela, in ultima analisi, assiologicamente vuota; ma si colora, di volta in volta, secondo le differenti sfumature delle *Weltanschauungen* di colui che adopera questa astrazione.

All'uopo si può solo anticipare, al momento, che quello testé considerato si manifesta come un vizio di fondo comune a tutta la *Risikotheorie*, appalesandosi, la dottrina che poggia sulla qualità oggettiva del rischio, invero, intrisa di opzioni e preconcetti che allignano nella morale più che nei canoni della legalità⁸⁷.

§ - 4 Il *discrimen* fondato sul contesto in cui insiste la condotta del reo: rischio base consentito e non consentito.

Quanto affermato *supra* è tanto più vero se si considera un'altra coppia concettuale che caratterizza la teoria del rischio assunto dal reo, vale a dire la dicotomia fondata sul contesto iniziale nel quale l'agente opera. Un esame degli arresti giurisprudenziali più significativi nella materia trattata dimostra che la natura della situazione pericolosa in cui il reo agisce viene sovente considerata più aspramente se l'autore,

⁸⁷ Si deve rammentare che, secondo alcuni autori, lo stesso dolo eventuale, in sé, costituisce una categoria dogmatica sospetta poiché violerebbe

all'atto di tenere la condotta che genera l'esito lesivo accessorio, versi *in re illicita*. Al contrario, si propende per una definizione di rischio meramente colposo al cospetto di un agente che si muova in un contesto base lecito e consentito; propensione che si fa ancor più netta se il *background* della situazione iniziale corrisponde addirittura ad un'attività autorizzata e disciplinata, se non anche direttamente promossa e premiata dal Legislatore, oppure “*socialmente adeguata*” ed eticamente approvata⁸⁸.

Questa tendenza della giurisprudenza emerge con particolare nitore riguardo al tema della circolazione stradale, tipica attività pericolosa che frequentemente offre lo spunto, in sede giudiziale, per l'applicazione delle *forme contigue* di imputazione soggettiva. In merito sarà sufficiente richiamare

il principio di stretta legalità. In questo senso, ad esempio, A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale*, Cit. pag. 15.

⁸⁸ Emblematico, in ordine al profilo da ultimo richiamato, il caso del soggetto affetto da Hiv che intrattenga rapporti sessuali non protetti con un partner sano, ignaro del pericolo. La Corte d'Appello di Brescia, investita della questione, con sentenza del 26 settembre 2000, capovolgendo le conclusioni del primo grado, riformava la sentenza impugnata ravvisando a carico dell'imputato un'ipotesi di omicidio colposo, aggravato dalla previsione dell'evento lesivo.

Nel giudizio di gravame, pur facendosi riferimento in astratto ai più noti e più in voga criteri discretivi *in subiecta materia*, si perveniva, di fatto, ad una soluzione dal sapore quasi equitativo, ritenendosi l'*animus necandi* proprio dell'omicidio doloso incompatibile con l'affetto che aveva accompagnato la vita dei due coniugi. Ad un giudizio non dissimile, perveniva, *in apicibus*, la Cassazione (Cfr., Cass. Pen., Sez. I, 3 agosto 2001, n. 30425).

un esempio di scuola per rendere l'idea di come l'interprete sia - oserei dire quasi *naturalmente* - portato ad oscillare tra il dolo minimo e la colpa aggravata dalla previsione dell'evento a seconda del contesto iniziale nel quale la condotta dell'agente si collochi.

Così, ad esempio, qualora l'autore si sia reso responsabile di un incidente stradale con esiti letali o gravemente lesivi, a causa di una violazione del Codice della Strada, la sua responsabilità penale è suscettibile di essere ponderata e dosata in maniera molto diversa sulla scorta del presupposto, moralmente riprovato oppure scusato, e socialmente accettato, della condotta stessa.

Si pensi ad una banale trasgressione del combinato disposto degli artt. 41 e 146, comma III del Codice della Strada in cui incorre il conducente Aulo Agerio che non arresti la marcia del veicolo condotto in corrispondenza della linea d'arresto e prosegua l'attraversamento di un crocevia nonostante la lanterna semaforica proietti luce rossa. La suddetta violazione del Codice della Strada è punita con la

sanzione amministrativa pecuniaria⁸⁹ e con la decurtazione di 6 punti dalla patente. E' chiaro che in caso di sinistro cagionato per l'inosservanza delle richiamate disposizioni del Decr. Legisl.vo 30 aprile 1992 n° 285, senza dubbio - in presenza di *exitus* o di lesioni della persona travolta - vi sia un fatto illecito rilevante, al contempo, civilisticamente così come *in criminalibus*, dipeso dalla trasgressione di una regola cautelare scritta che è precipuamente volta ad evitare incidenti stradali e, pertanto, diretta a salvaguardare l'incolumità delle persone.

Però, nel caso di esito letale cagionato da un investimento dipeso dalla descritta inosservanza si tratta di stabilire se l'autista inottemperante debba rispondere della morte del pedone travolto, es. Sempronio, a titolo di colpa aggravata dalla previsione dell'evento oppure per dolo eventuale.

Poniamo il caso che il fatto accada in una trafficata via del centro urbano in un giorno di festa in cui maggiore è

⁸⁹ L'art. 146, comma III del Decr. Legisl.vo 30 aprile 1992 n° 285 (Nuovo Codice della Strada) recita: "*Il conducente del veicolo che prosegue la marcia, nonostante che le segnalazioni del semaforo o dell'agente del traffico vietino la marcia stessa, è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 154 a euro 613*".

l'affluenza dei passanti. In un'ipotesi siffatta, certamente, il conducente considerato non può non prefigurarsi, anche nello specifico caso concreto, e non solo in astratto, lo scopo di protezione della regola di diligenza violata. Per rendere l'esempio più funzionale al fine investigativo proposto, poniamo che l'autista avesse anche avvistato, poco prima di sfrecciare sull'incrocio, dei pedoni ai lati della strada che si accingevano ad occupare l'area del crocevia.

Senz'altro, in questo caso sussiste il requisito della rappresentazione dell'evento, che costituisce un comune denominatore del dolo indiretto e della colpa cosciente.

In tale ipotesi, a parità dell'evento dannoso cagionato, quale conseguenza collaterale della condotta trasgressiva tenuta, ed in costanza di coefficiente psichico analogo (Aulo Agerio non vuole uccidere né ledere alcuno dei pedoni) potrebbe pervenirsi a risultati ermeneutici molto diversi.

Si ponga, quanto al profilo subiettivo, che il conducente ritenga, in virtù della propria esperienza ed abilità di guida nonché grazie alla potenza ed alla “*ripresa*” dell'auto guidata, di riuscire ad oltrepassare l'area dell'intersezione senza

investire i passanti che si trovano ai lati della carreggiata. V'è, dunque, un erroneo convincimento dell'agente che insiste sul nesso di causalità. Si manifesta, pertanto, una precisa interruzione del nesso eziologico che lega l'epilogo lesivo alla condotta pur essendovi una chiara prefigurazione e percezione da parte del reo del significato della regola di diligenza trasgredita e delle sue finalità. D'altro canto l'autista può scommettere anche sul fatto che i pedoni vedendolo arrivare a velocità sostenuta e sentendo il rombo del motore ritarderanno l'attraversamento, arrestandosi tempestivamente sul marciapiede. In queste condizioni, utilizzando i canoni conosciuti dall'HERZBERG, saremmo al cospetto di un rischio tipicamente *schermato*; inoltre, già sotto il profilo oggettivo, analizzando la natura del rischio assunto dal conducente, nella sua essenza nuda e cruda, alla luce del giudizio che sarebbe esprimibile da un agente modello razionale in quel preciso contesto sociale, dovrebbe concludersi per la ricognizione di un tipico rischio colposo (aggravato dalla previsione dell'evento).

Effettivamente, l'esperienza giudiziale e forense insegna che a fronte di violazioni del Codice della Strada come quelle

considerate - e, del resto, praticamente, di ogni altra trasgressione inerente alla circolazione - il capo d'imputazione formulato a carico dell'agente è improntato a fattispecie colpose; e colpose, in definitiva, sono le ipotesi accusatorie che trovano effettivo accoglimento all'esito del giudizio.

E' sufficiente, però, introdurre un solo elemento differenziale per poter stravolgere completamente l'esemplificazione articolata.

Si immagini che nell'esempio considerato Aulo Agerio si trovi alla guida della sua auto sportiva per recarsi dalla sua ragazza con la quale ha un appuntamento e che, magari, sia portato a premere sull'acceleratore perché ha maturato un piccolo ritardo. In questo caso l'esame del presupposto della condotta non sposta di una virgola le argomentazioni sopra addotte a conforto di un'imputazione subiettiva di tipo colposo. Anzi, l'interprete sarebbe, forse, portato in qualche modo a *simpatizzare* con il reo in considerazione dello scopo affettivo (socialmente accettato) che egli perseguiva.

Si finga, ora, invece, che il conducente sia un grosso narcotrafficante latitante che era stato avvistato dalle forze

dell'ordine e che veniva inseguito a sirene spiegate da una volante della Polizia.

In tale seconda eventualità, a parità e costanza di tutti gli altri fattori esposti, l'uccisione del pedone Sempronio dovrebbe, a rigore, essere in ogni caso ascritta ad Aulo Agerio a titolo di colpa. Anzi, se si esamina il caso con attenzione, la circostanza che il conducente sia inseguito dalla Polizia a sirene spiegate deporrebbe per l'introduzione di un ulteriore fattore schermante, dal momento che i pedoni - udite le sirene - messi in allarme, dovrebbero essere portati a fermarsi e la percezione dell'operazione di Polizia in atto dovrebbe costituire un deterrente dall'attraversare la strada prima del passaggio della volante.

Tuttavia, nell'ipotesi considerata, alla luce dei più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità e di merito, non sarebbe arduo ipotizzare una condanna di Aulo Agerio per omicidio doloso a titolo di dolo eventuale⁹⁰.

⁹⁰ Il riferimento è alla recentissima e nota sentenza della Suprema Corte, *Cass. Pen., Sez. I, 1 febbraio 2011 n° 10411*, c.d. "*sentenza Vasile*". Di recente si sta prepotentemente manifestando la tendenza giudiziale alla pronuncia di condanne per dolo eventuale in adesione al desiderio di giustizia espresso dall'opinione pubblica. Anche la recentissima sentenza *Thyssen* appare ispirata,

Infatti, evidentemente, il contesto iniziale nel quale si colloca la condotta del reo non è indifferente ai Giudici, e la maggiore riprovazione suscitata dal fatto compiuto da Aulo Agerio per sfuggire agli agenti di Polizia, con ogni probabilità, sottenderebbe una condanna più aspra ed uno stigma più profondo ed esemplare.

E' stato messo ben in luce dal CANESTRARI⁹¹ che il criterio enunciato - fondato sulla natura del contesto in cui incide la condotta del reo - ha costituito negli ultimi decenni un canone occulto che la Magistratura ha adottato con la sapiente accuratezza di non citare mai questa regola aurea non scritta.

A fronte di tale prassi giudiziale sempre più diffusa è lecito interrogarsi sulla vera natura del *discrimen* accolto. Infatti, se pure il bisogno di tutela della collettività e le esigenze repressive avute di mira dall'ordinamento risultino (forse più) appagate in virtù dell'adozione di un criterio di discernimento come quello prospettato, non può non vagliarsi

nel suo rigore punitivo avverso l'Amministratore Delegato condannato a titolo di dolo indiretto, alla sete di castigo emersa nella coscienza sociale.

⁹¹ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Cit. pag. 3 e *passim*.

criticamente un congegno discretivo *ictu oculi* non improntato alla legalità.

Già circa dieci anni orsono il CANESTRARI compendeva acutamente la situazione esposta come segue: *“Appariva legittimo il sospetto che gli organi giudicanti attingessero l'«interiorità» del dolo eventuale dalla sfera delle motivazioni tramite ambigue intuizioni eticizzanti, oppure attraverso il ricorso a paradigmi semplificanti di «tipo d'autore».* Ciononostante, il «tacito accordo» fra dottrina e giurisprudenza, sia pure poco commendevole, garantiva effetti tranquillizzanti. Per un verso, rispetto ad una casistica dove i principali protagonisti erano il rapinatore – che non esitava a sparare allo scopo di aprirsi una via di fuga – e il temerario conducente di autoveicolo, non suscitava alcuna inquietudine una prassi in parte ispirata al principio del versari. Per l'altro, la sostanziale concordia sulle soluzioni adottate in sede applicativa consentiva, agli studiosi, di esercitarsi nella costante ricerca di formule capaci di tracciare con nettezza i confini tra dolo eventuale e colpa cosciente (...) senza che la realtà evidenziata dai

<<massimari>> testimoniasse il mancato adempimento degli oneri definitivi”⁹².

Alla luce di quanto precede ed in base agli arresti giurisprudenziali, per il momento solo accennati, ai quali si farà più ampio riferimento *infra*, si può affermare che dolo eventuale e colpa cosciente non abbisognino di improbabili conii di nuovi criteri distintivi ed espedienti ricognitivi, ma che, piuttosto, s'imponga una presa di coscienza circa le implicazioni moraleggianti dei canoni selettivi (già) adottati *in iure quo utimur*.

Il canone imperniato sul *penal flavour*⁹³ del rischio assunto dall'agente, specie se ponderato sulla scorta del contesto nel quale si inserisce la condotta pericolosa, rivela profonde influenze eticizzanti che inficiano l'opera ermeneutica per così dire *in saccula*.

*Qui in re illicita versatur tenetur etiam de casu*⁹⁴.

⁹² S. CANESTRARI, *ibidem*.

⁹³ L'espressione "*penal flavour*" è utilizzata, in questo lavoro, nel senso di "*sensazione di reato doloso*", parafrasando il concetto di "*sensazione di reato*", coniato dal PAOLI, G. PAOLI, *Il diritto penale italiano* – Vol. I, Cedam, Padova, 1936, pagg. 69-71.

⁹⁴ Il *dolus generalis*, figura strettamente imparentata, nell'evoluzione storica della categoria, al *dolus eventualis*, ha la sua immediata origine nel principio di diritto canonico "*versanti in re illicita imputatur omnia quae*

L'antico brocardo suona icastico e tagliente e la sua eleganza, favorita dalla forma latina, pervade la mente dell'interprete stagliandosi sullo sfondo di un'attività ermeneutica affidata ad intuizioni e percezioni di disvalore pre-giuridiche che allignano nel terreno della morale.

In questo *humus* è destinato a germogliare il “*seme perverso*”⁹⁵ del *versari*.

sequunt ex delicto”, che non è altro che una maniera diversa per esprimere la responsabilità oggettiva. Per il riferimento al dolo generale, G. P. DEMURO, *Prologomeni storici allo studio del dolo*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 2006, pag. 1440. Dallo studio si evince che da questo principio il canonista Giovanni d'Andrea (1279-1348) dedusse che dovesse rispondere per adulterio colui il quale convivesse con una donna sposata, senza sapere che lo fosse. Infatti, la sua condotta sarebbe stata comunque illecita: rappresentando *peccato*, adulterio o no, la convivenza fuori dal rapporto matrimoniale. Si noti, allora, come le forme del dolo più adiacenti alla responsabilità oggettiva si siano sempre evolute di pari passo con le concezioni morali, divenendo funzionali all'inflizione di castighi ritenuti moralmente (e culturalmente) irrinunciabili.

CAPITOLO II

Il dolo eventuale e la colpa con previsione nella giurisprudenza più recente e saliente

§ - 1 Il caso di trasmissione del *virus* Hiv da parte del soggetto infetto che intrattenga rapporti sessuali non protetti con un partner sano, ignaro del pericolo.

Non privo dell'anelito alla provocazione era il riferimento già formulato nel capitolo precedente (cfr. *supra*:

⁹⁵ S. CANESTRARI ha vergato, con la consueta eleganza espositiva: “*Il seme <<perverso>> del versari in re illicita alberga nel <<preconscio>> dei penalisti*”, Op. Cit., *ibidem*.

Parte Seconda, Capitolo I, §4, nota n. 71) alla sentenza della Suprema Corte (Cass. Pen., Sez. I, 3 agosto 2001, n. 30425, Lucini⁹⁶) che ha confermato la pronuncia della Corte d'Appello di Brescia⁹⁷ circa la derubricazione in omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento, *ex art.* 61, I comma n° 3 cod. pen., del reato ascritto al marito, L. M., che, consapevole della propria infermità e delle probabilità di contagio alla partner, aveva contagiato sua moglie trasmettendole il virus dell'HIV a causa di ripetuti rapporti sessuali non protetti, perpetrati nel corso di un decennio.

La carica provocatoria della citazione di questa importante⁹⁸ sentenza risiede nel fatto che nel capitolo precedente il predetto arresto della Cassazione veniva concettualmente connesso alle ipotesi di condotta “*socialmente adeguata*”⁹⁹. Il riferimento era, chiaramente, al contesto

⁹⁶ In R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale, parte Generale*, Nel Diritto Editore, Roma, 2009, pag. 744, e in *Cass. Pen.*, 2003, pag. 1932.

⁹⁷ Sul punto GIACOMO FORTE, *Morte come conseguenza di contagio da Hiv: profili soggettivi*, nota a Corte d'App. Brescia, 26 settembre 2000, in *Foro it.*, 2001, II, pagg. 290 - 313.

⁹⁸ La citata pronuncia, Cass. Pen., Sez. I, 3 agosto 2001, n. 30425, è la prima con la quale la Suprema Corte abbia avuto modo di pronunciarsi su questa delicatissima tematica.

⁹⁹ “*Si può dire, in generale, che l'adeguatezza sociale inibisca la rilevanza delle condotte che si inquadrano in una attività di promozione degli stessi beni che, sul piano causale, possono tuttavia soffrire di un pregiudizio.*”

iniziale nel quale interviene il segmento della condotta dal *sapere penale*. Nessuno dubiterebbe, infatti, che lo svolgimento di rapporti sessuali all'interno della coppia rientri in una concezione dell'intimità fisica tra coniugi che è approvata e promossa dall'ordinamento e dalla coscienza sociale¹⁰⁰. In altre parole, il sesso non protetto nell'ambito del rapporto di coppia non è riprovato, anzi è attività apprezzata e promossa dall'ordinamento e dalle stesse norme sociali di civiltà, o *Kulturnormen*¹⁰¹, diffuse nella nostra collettività nell'attuale momento storico.

Non a caso si è parlato dell'adeguatezza sociale come criterio di liceità dell'esercizio della violenza fisica, nello sport; in quanto misura dell'esercizio di moderati mezzi di correzione nei confronti di minori e in altri casi, in relazione ai quali il ricorso a una diversa ipotesi di non punibilità (consenso, jus corrigendi, ecc.) risulta spesso problematico". C. FIORE - S. FIORE, Diritto Penale - parte generale, II edizione, Vol. I, UTET Giuridica, Milano Fiori Assago, 2007, pag. 297.

¹⁰⁰ Mette appena conto rilevare che l'attività sessuale tra coniugi è espressamente indicata quale finalità precipua, sebbene *secondaria*, del matrimonio anche quale istituto e sacramento di diritto canonico secondo il *Codex Iuris Canonici*: <<Can. 1013. § 1. *Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarius mutuuum adiutorium et remedium concupiscentiae*>>.

¹⁰¹ Il concetto di norme di cultura o *Kulturnormen* si deve al giurista tedesco MAX ERNST MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, Breslau, 1903. Per un'ampia ed approfondita disamina del tema, A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio, I: profili introduttivi e politico-criminali*, Cedam, Padova, 1988, pag. 587 e ss. e *passim*.

Se la si considera alla luce dei criteri per sceverare dolo indiretto e colpa cosciente più accreditati, la pronuncia sopra citata non può non apparire inficiata da qualche forzatura¹⁰².

E' opportuno esaminarne i passaggi fondamentali al fine di chiarire il concetto. La Corte di Cassazione vergava nel 2001: *“Come è evidente, non si possono stabilire dei criteri che valgano indistintamente per tutti i casi, essendo il giudice chiamato a svolgere, di volta in volta, una indagine approfondita al fine di verificare quale, nel caso specifico, sia stato l'atteggiamento psicologico dell'agente. Si tratta chiaramente di un'indagine di fatto i cui risultati, qualora sorretti da adeguata motivazione, sfuggono a qualsiasi controllo in sede di legittimità. Non esistono comunque precedenti giurisprudenziali di questa Corte sul problema sollevato dal caso in esame.*

¹⁰² In proposito è d'uopo evidenziare che ad oggi *“la giurisprudenza di legittimità non ha risolto il contrasto, ritenendo astrattamente configurabile in tema di trasmissione del virus HIV tanto la fattispecie dolosa quanto quella colposa, lasciando alla discrezionalità dell'interprete la valutazione circa il grado di consapevolezza del soggetto in merito, vale a dire nel caso di specie, al rischio ed alle modalità di trasmissione nonché agli esiti mortali della malattia”*. Così D. RIPONTI, nota a sentenza 26 novembre 2008 - 7 gennaio 2009, n. 2708 del Tribunale di Roma, sul sito: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=45574>.

La riflessione giuridico-culturale in ordine ai casi di infezione dovuta a rapporti sessuali tra partners, dei quali uno sia sieropositivo da HIV o affetto da AIDS conclamata, non pare sia stata adeguatamente sviluppata e, alla stregua del sistema normativo vigente e alle fattispecie incriminatrici attualmente applicabili (l'omicidio e la lesione personale), la repressione penale appare sotto alcuni aspetti inadeguata e comunque foriera di non pochi problemi sia interpretativi che applicativi, stante la seria difficoltà di individuare esattamente l'atteggiamento psicologico di colui che abbia causato il contagio.

La proposta di introdurre fattispecie criminose specifiche, da modellare strutturalmente in modo da prescindere dalla indagine sulla natura dell'elemento psicologico, sulla scia della vecchia norma contenuta nell'abrogato art. 554 c.p., che puniva il contagio di sifilide e blenorragia, non è certo da scartare a priori. Ma - a prescindere dalla opportunità o meno di affidare al diritto penale il compito di formulare norme di condotta in materia di pratiche sessuali a rischio, interferendo nella sfera intima delle persone e condizionandone i

comportamenti sessuali - rimarrebbe comunque il problema di bilanciare le contrapposte esigenze della repressione penale di condotte connotate da alto disvalore sociale e del mantenimento di adeguati spazi di libertà nei rapporti interpersonali, laddove forse potrebbe apparire più conveniente la scelta di strategie di intervento sul terreno della prevenzione sociale.

Passando all'esame specifico del caso che ci occupa, mentre i giudici di primo grado hanno ritenuto che il comportamento sessuale dell'imputato (la reiterazione dei rapporti sessuali, ma soprattutto la mancata adozione di misure precauzionali durante gli stessi) risultava indicativo di un atteggiamento tipicamente "doloso" nel senso sopra specificato, non potendosi sostenere l'ipotesi che egli non si fosse rappresentata l'alta probabilità della morte della moglie a causa del contagio, quelli di seconde cure hanno invece ritenuto di poter ravvisare nell'atteggiamento dell'imputato un vero e proprio fenomeno di rimozione¹⁰³ e di allontanamento

¹⁰³ Lo stesso termine adoperato dalla Suprema Corte, "rimozione", rimanda ad un fenomeno psicologico rilevante nel solo foro interno, inafferrabile, e, comunque, nel caso di specie, del tutto irrazionale.

psicologico della eventualità del contagio e della susseguente possibilità di morte della consorte.

I primi giudici hanno basato il loro convincimento sulla considerazione che l'imputato, nonostante fosse consapevole della sua malattia e avesse piena cognizione dei rischi ad essa connessi, aveva nascosto alla propria moglie la propria condizione di sieropositivo per ben dieci anni; aveva abbandonato la donna al suo destino dopo il di lei ricovero in ospedale, fuggendo in Centro America; ed era tornato in Italia, dopo la morte della predetta, solo quando anche le sue condizioni di salute si erano aggravate.

La Corte territoriale ha invece fondato il suo giudizio su una operazione di introspezione psicologica dell'imputato, da cui, scandagliando le dinamiche interne alla sua psiche alla stregua delle sue cognizioni e delle sue qualità caratteriali, ha tratto la convinzione che egli fosse pervenuto al convincimento che, nonostante tutto, alla moglie non sarebbe accaduto nulla di male, anche perché le sue condizioni di salute erano rimaste stabili per molti anni su un livello di discreto benessere.

Non bisogna per altro trascurare la considerazione che, nel caso in cui l'azione direttamente voluta si configuri, non già come costituente di per sé reato da cui derivi altro e diverso evento dannoso, ma come lecita o indifferente per l'ordinamento giuridico, l'indagine sul reale atteggiamento psicologico dell'agente dev'essere particolarmente rigorosa e penetrante, dovendosi ravvisare il dolo eventuale qualora si ravvisi la prova che l'agente ha accettato consapevolmente il rischio del verificarsi dell'evento dannoso¹⁰⁴; e ritenere la sussistenza della colpa con previsione quando si accerti che, per trascuratezza o insipienza, l'evento sia legato ad una imprudente o negligente valutazione delle circostanze da parte del soggetto attivo.

Le doglianze del Procuratore Generale di Brescia si pongono essenzialmente sulla medesima lunghezza d'onda delle considerazioni svolte dal Tribunale, cercando di negare validità e conducenza a quelle svolte dai giudici dell'Appello.

¹⁰⁴ E' evidente come la Cassazione stia perorando il canone "occulto" seguito dalla giurisprudenza in forza del quale deve ravvisarsi il dolo eventuale allorché la condotta del reo (che cagiona l'evento lesivo collaterale) s'innesti in un contesto *ab initio* criminoso.

A prescindere però dai problemi legati alla individuazione della prova, cui la corte territoriale ha pur fatto riferimento, e dalla considerazione che il problema della individuazione del dolo finisce inevitabilmente con lo scontrarsi con quello del suo accertamento, i secondi giudici hanno dato piena contezza del loro convincimento mediante una motivazione ampia, articolata e convincente, che, contrariamente a quanto dedotto dal P.G. ricorrente, non presenta ne' aspetti di illogicità e di incongruenza ne', tanto meno, errori di carattere giuridico.

In particolare, hanno spiegato come nella specie l'imputato doveva rispondere della morte della moglie a titolo di colpa, aggravata dalla previsione dell'evento, in quanto egli, pur rappresentandosi esso evento come possibile risultato della sua condotta, aveva sempre agito confidando che il contagio avrebbe potuto anche non avvenire ed escludendo che la salute della moglie potesse subire dei danni. Ciò, in quanto, anche in base al suo modesto livello culturale e nonostante le informazioni avute dai medici nelle pochissime occasioni nelle quali egli li aveva consultati, aveva maturato la convinzione, poggiante sulla considerazione che il suo stato di salute non

aveva negli anni subito alcun processo peggiorativo e godeva, tutto sommato, "buona salute", che niente di male [sarebbe]¹⁰⁵ potuto succedere alla moglie¹⁰⁶.

Si è altresì spiegato che anche la sua abnorme reazione e la sua successiva fuga (che in effetti altro non era se non una fuga dalla realtà) alla notizia che la moglie si era infettata e si trovava ormai nello stadio di AIDS conclamata, si spiega con il fatto che egli immaginava che la stessa sarebbe rimasta, al massimo, come era accaduto a lui per molti anni, in uno innocuo stato di sieropositività, non suscettibile di evoluzione in peius, ed è stato colto del tutto impreparato dal punto di vista psicologico dalla grave notizia, dato che non si aspettava affatto che la vicenda sfociasse in un esito così drammatico.

¹⁰⁵ La forma espressiva originale della sentenza è "avrebbe".

¹⁰⁶ Si noti la tendenza della Corte Romana a voler ritagliare una regola cautelare, rilevante per il delitto colposo, eccessivamente personalizzata e rispecchiante la personalità e la cultura del reo. Com'è agevole intendere, così facendo, qualunque autore di reato - specie nei territori contermini del dolo indiretto e della colpa con previsione e nei casi più dubbi - finirebbe per essere scusato. In tal senso cfr., N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Giuffrè, Milano, 1983, pag. 286 e ss.; nello stesso senso sembra esprimersi anche M. DONINI, *Teoria del reato. Un'introduzione*, Cedam, Padova, 1966, pag. 3 e ss., il quale sostiene l'"onere" di una scelta più favorevole all'imputato, nei casi soggettivamente dubbi. In tale solco dogmatico sembra potersi collocare anche la sentenza della Corte di Assise di Roma, 15 settembre 1999 (meglio nota come sentenza "Marta Russo") in *Guida al diritto*, dossier mensili, *I grandi processi*, n° 9, ottobre 1999, con nota critica di PLATANO.

Si tratta di considerazioni del tutto plausibili, saldamente agganciate agli elementi processuali, correttamente applicative di principi reiteratamente affermati da questa Corte, e delle quali i giudici dell'Appello hanno reso compiuta ragione nel discorso motivazionale in proposito offerto.

Non possono quindi condividersi le doglianze del P.G. di Brescia, secondo cui, avuto riguardo al comportamento dell'imputato, era ravvisabile nella specie la prova della consapevolezza, da parte del medesimo, che il rischio di contagio rientrava nell'ambito della quasi certezza, sicché non poteva relegarsi in dubbio la direzione della sua volontà, sotto il profilo dell'accettazione piena del rischio, verso l'evento mortale»¹⁰⁷.

La pronuncia è molto significativa, non solo perché enuncia, *apertis verbis*, il criterio che, più o meno occultamente, gli interpreti hanno adottato negli ultimi decenni allo scopo di distinguere le forme finite di imputazione subiettiva delle quali si tratta, fondato sulla natura - criminosa

¹⁰⁷ Cass. Pen., Sez. I, 3 agosto 2001, n. 30425, Lucini, in R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale, parte Generale*, Nel Diritto Editore, Roma, 2009, pag. 744, e in *Cass. Pen.*, 2003, pag. 1932.

o meno, di per sé - del contesto iniziale nel quale si radicava la condotta dell'agente, ma anche perché involge una più ampia riflessione in ordine alle inevitabili implicazioni ed influenze moraleggianti che sovente si insinuano tra le pagine della giurisprudenza. Soprattutto in frangenti come quello considerato, laddove il giudizio sul coefficiente di imputazione soggettiva è affidato ad un'opzione *lato sensu* politica, rispondendo ad un'intuizione pre-giuridica o ad una scelta di campo dettata da pietismo e compassione, emerge chiaramente come l'opera di introspezione psicologica dell'imputato sia uno strumento troppo discrezionale.

Se pure deve aderirsi all'impostazione dogmatica seguita dalla Cassazione in ordine alla necessità di compiere, per distinguere dolo indiretto e colpa cosciente, una *quaestio facti*, senza potersi affidare a criteri discretivi preconfezionati ed universalmente validi, non v'è chi non veda che nel caso esaminato la Corte romana abbia premiato l'*ottimismo irresponsabile* dell'imputato che ha irragionevolmente

confidato nella non verifica dell'evento¹⁰⁸, escludendo la ricognizione in capo ad esso della *mens rea dolosa* sol perché egli “*aveva maturato la convinzione, poggiante sulla considerazione che il suo stato di salute non aveva negli anni subito alcun processo peggiorativo e godeva, tutto sommato, "buona salute", che niente di male [sarebbe]¹⁰⁹ potuto succedere alla moglie*”.

L'agente, a ben vedere, non aveva potuto contare su alcun serio fattore impeditivo dell'epilogo lesivo, e la reiterazione, per circa dieci anni, di rapporti sessuali non protetti da parte di un soggetto sieropositivo, anche sotto il profilo oggettivo, non può non apparire, col *visus* razionale dell'*homo eiusdem*, un rischio intrinsecamente doloso.

Evidentemente, però, il peculiare contesto domestico in cui ebbe luogo la condotta e la natura affettiva del rapporto tra reo e vittima hanno fatto propendere i Giudici di legittimità per

¹⁰⁸ Sono noti i rischi di un'eccessiva personalizzazione del rimprovero penale. Se si valutasse l'erroneo convincimento dell'agente circa il nesso eziologico e l'irrazionale affidamento da questi riposto su fattori impeditivi in realtà inesistenti, calandosi troppo nei panni del reo, si finirebbe per riconoscere sempre e solo la sussistenza di un coefficiente subiettivo improntato alla colpa cosciente. Per l'incongruità di tale procedimento ermeneutico riguardo ai reati colposi cfr. A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, parte generale*, Cedam, Padova, 2002, pag. 296.

la derubricazione del titolo di reato originariamente ascritto al colpevole in omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento.

La Corte, però, non ha mancato di sottolineare, ed autosegnalare, l'arbitrarietà della decisione laddove ha iperbolicamente definito la fuga dell'imputato in America centrale come una “*fuga dalla realtà*”.

E' evidente che l'analisi del foro interno del reo si è spinta - in funzione scusante - troppo in là.

In definitiva, deve concludersi che quello analizzato - sebbene in prosieguo, con riferimento a casi del tutto analoghi, non siano mancate pronunce di segno opposto a quella esaminata¹⁰⁹ - costituisca un proficuo banco di prova per la presente indagine.

Il criterio fondato sulla natura del rischio assunto dall'agente o, se si preferisce, sul *penal flavour* di tale rischio -

¹⁰⁹ La forma espressiva originale della sentenza è “*avrebbe*”.

¹¹⁰ Ad es.: *Cass. pen. Sez. V, (ud. 17-09-2008) 01-12-2008, n. 44712*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2009, n. 3, pag. 308, con nota di S. CORBETTA; in *Rass. Foro Arianese*, 2009, n. 3, pag. 97, con nota di CICCONE, nonché in *Resp. Civ.*, 2009, n. 1, pag. 91, con nota di G. FACCI, laddove la Cassazione, in un caso consimile, ha optato per l'imputazione a titolo di dolo eventuale, sebbene per il diverso delitto di lesioni gravissime.

qualificato dal contesto sociale dell'azione - è, forse, canone selettivo più improntato alla morale che a saldi criteri di legalità (formale). Ma su quest'ultimo, importantissimo, profilo si tornerà *infra* al termine della breve rassegna giurisprudenziale proposta.

§ - 2 Il caso di sinistro stradale mortale causato dalla violazione del segnale semaforico rosso.

“La delicata linea di confine tra il "dolo eventuale" e la "colpa cosciente" o "con previsione" e l'esigenza di non svuotare di significato la dimensione psicologica dell'imputazione soggettiva, connessa alla specificità del caso concreto, impongono al giudice di attribuire rilievo centrale al momento dell'accertamento e di effettuare con approccio critico un'acuta, penetrante indagine in ordine al fatto unitariamente inteso, alle sue probabilità di verificarsi, alla percezione soggettiva della probabilità, ai segni della percezione del rischio, ai dati obiettivi capaci di fornire una dimensione riconoscibile dei reali processi interiori e della

loro proiezione finalistica. Si tratta di un'indagine di particolare complessità, dovendosi inferire atteggiamenti interni, processi psicologici attraverso un procedimento di verifica dell'id quod plerumque accidit alla luce delle circostanze esteriori che normalmente costituiscono l'espressione o sono, comunque, collegate agli stati psichici”¹¹¹.

Così la Suprema Corte ha intrapreso l'*iter* argomentativo critico nella recentissima sentenza “Vasile” (Cass. pen. Sez. I, Sent., ud. 01-02-2011, 15-03-2011, n. 10411)¹¹², con la quale la Cassazione ha cassato con rinvio la pronuncia della Corte d'Assise d'Appello di Roma a mezzo della quale il Giudice del gravame aveva derubricato in omicidio colposo aggravato *ex art. 61, I comma n° 3 cod. pen.* il delitto perpetrato da I. Vasile.

All'imputato era stata addebitata la responsabilità di un sinistro stradale con esiti letali poiché lo stesso, per sfuggire

¹¹¹ Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 01-02-2011) 15-03-2011, n. 10411, VASILE, su www.penalecontemporaneo.it, con nota di A. AIMI ed ora annotata da MATTIA ZECCA.

¹¹² Per il momento inedita su riviste cartacee e pubblicata soltanto *on-line*, come chiarito nella nota che precede.

ad un controllo di polizia, si dava alla fuga ad una velocità pari a 100-110 chilometri all'ora, nel centro abitato di Roma, oltrepassando, senza decelerare, una serie di semafori che proiettavano luce rossa nella sua direzione di marcia fino a provocare il sinistro mortale.

Il caso che, peraltro, ha avuto quale teatro dell'occorso il medesimo crocevia di Roma già oggetto di altra importante pronuncia della Suprema Corte sul medesimo tema che ci occupa¹¹³, ha ispirato come *supra* esplicitato, l'esemplificazione articolata nel Capitolo I della Parte Seconda. Il più specifico riferimento alla sentenza Vasile è, ora, funzionale a dimostrare come, in un caso quale quello esaminato, in realtà, sussistano, in fondo, buone e valide ragioni tanto per sostenere l'imputazione soggettiva più grave, del dolo eventuale, tanto per percorrere la via più morbida della colpa con previsione. Tanto si evince agevolmente dalle censure mosse dalla Cassazione al Giudice d'Appello:

¹¹³ Il riferimento è alla sentenza *Cassazione penale - Sezione quarta - 18 febbraio - 24 marzo 2010, n. 11222*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2010, n.5, pag. 544, nonché in *Foro It.*, 2010, n.6, 2, 306, con nota di DI FRESCO. Sul punto vedi anche G. FIANDACA, *Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente*

“Innanzitutto, pur muovendo dalla dichiarata adesione ai principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità sui criteri distintivi tra dolo eventuale e colpa cosciente, ha incentrato l'iter dell'argomentazione pressoché esclusivamente sull'elemento rappresentativo, trascurando un'adeguata analisi ricostruttiva del profilo della volizione (cfr precedente par. 3), così come maturata nello specifico contesto fattuale sottoposto al suo esame.

In secondo luogo ha ricostruito l'elemento di natura intellettuale della previsione/rappresentazione correlato al fatto oggetto del giudizio sulla base di valutazioni astratte e presuntive, prescindendo dall'esame di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie tipica - condotta, evento e nesso di causalità materiale -, quali emergenti dallo specifico caso concreto.

E', in tal senso, mancata una compiuta e globale ricostruzione dell'intera vicenda, idonea a fondare un epilogo decisionale diverso rispetto a quello della sentenza di primo grado. Il

mortale: omicidio con dolo eventuale?, Nota a sentenza G.U.P., Roma del 20 novembre 2008, imp. Lucidi, in Foro it., n°7-8, 2009, pag. 414 ss..

giudice d'appello, infatti, dopo avere sommariamente descritto l'episodio, ha proceduto alla "scomposizione" del fatto, enucleandone soltanto alcuni aspetti (superamento indenne di precedenti incroci regolati da impianto semaforico che proiettava luce rossa; capacità di guida; tempi e modi di avvistamento dell'autovettura "Citroen"; condizioni del traffico; caratteristiche dell'incrocio tra viale (OMISSIS)) e, rispetto a ciascuno di essi, ha desunto la configurabilità della colpa aggravata dalla previsione dell'evento sulla base di mere congetture, omettendo una compiuta analisi di tutti i dati conoscitivi acquisiti.

In particolare, con riferimento alla genesi dell'episodio, la sentenza impugnata si è limitata a osservare che la Polizia, dopo l'iniziale avvistamento, aveva deciso di desistere dall'inseguimento per evitare incidenti, ma non ha specificato dopo quanto tempo rispetto all'avvistamento iniziale ciò avvenne, se l'imputato - che non era sotto l'effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti - fu in grado di percepire tale mutato comportamento delle forze dell'ordine e se, in conseguenza di esso, ebbe a decelerare e ad atteggiare diversamente la

condotta di guida, se fu in grado di valutare le conseguenze di un eventuale rallentamento in relazione alla diverse dimensioni dei mezzi e alla loro differente velocità, limitandosi a considerare, in via meramente ipotetica, che l'eventualità di un incidente non poteva non apparire a I. V. la meno favorevole, perché avrebbe determinato certamente il suo arresto (f. 6 sentenza impugnata). La evidente carenza motivazionale su tutti questi profili incide sulla compiuta analisi dell'elemento volitivo.

Analogamente ne impediscono l'esatta ricostruzione l'omesso apprezzamento delle modalità e della durata dell'inseguimento, del lasso di tempo intercorso tra l'inizio dello stesso e la sua trasformazione in mero controllo a distanza del furgone rubato, delle complessive modalità della fuga, della sua protrazione pur dopo che la Polizia aveva adottato una differente tipologia di vigilanza, dell'estensione chilometrica del percorso effettuato.

Si sostiene, inoltre, apoditticamente che l'imputato, procedendo in maniera spericolata ad oltre cento chilometri all'ora in centro abitato e in presenza di traffico veicolare

ancora intenso a causa del periodo estivo e dell'ubicazione dei luoghi, era ragionevolmente convinto di potere dominare la situazione, ossia di essere in grado di superare anche l'incrocio tra via (OMISSIS), grazie alla sua abilità di guida e alle condizioni di traffico più limitate in ora notturna (f. 5 sentenza impugnata).

Tale affermazione, fondata su mere presunzioni, mal si concilia, peraltro, con l'apprezzamento riservato dagli stessi giudici alla precedente condotta di guida, la cui mancata produzione di pregressi eventi lesivi è stata alternativamente ricondotta - ancora una volta in via meramente ipotetica - all'assenza di ostacoli o alla capacità di porre in essere le manovre più appropriate (f. 6 sentenza impugnata).

La Corte d'appello ha, poi, desunto la capacità di guida - pur in assenza di una valida patente - dalle dichiarazioni rese dall'imputato e non riscontrate in alcun modo circa il relativo conseguimento, in epoca imprecisata, nel paese d'origine e dalla circostanza che lo stesso non si sarebbe altrimenti posto alla guida di un pesante mezzo di illecita provenienza né sarebbe stato in grado di sostenere "un inseguimento

protrattosi per alcuni chilometri a velocità elevatissima" (cfr. f. 7 sentenza impugnata). Tale conclusione si pone in aperto contrasto con la stessa ricostruzione del fatto operata dalla sentenza, evidenziante, sulla base delle testimonianze acquisite, che i poliziotti avevano desistito dall'inseguimento per evitare incidenti (cfr. f. 6 della sentenza impugnata). Essa confligge, inoltre, con la rilevata assenza di tracce di frenata, con la mancata adozione di manovre di deviazione della traiettoria (cfr. f. 6 sentenza impugnata), o, comunque, di manovre di emergenza, astrattamente possibili, tenuto conto delle caratteristiche dell'incrocio in cui si verificò il fatto e dell'ampiezza della relativa visuale (f. 7 sentenza impugnata). Il carattere non univoco dell'omessa presenza di tracce di frenata sul luogo dell'incidente è stato sostenuto dai giudici di merito sulla base di un immotivato richiamo ad un'alternativa astrattamente prospettata dal consulente tecnico (cfr. f. 6 sentenza d'appello), le cui considerazioni sul punto (non conosciute né conoscibili dal giudice di legittimità che non ha accesso diretto agli atti) non sono state illustrate né sono state oggetto di verifica critica alla luce dell'epoca di fabbricazione

del furgone e delle caratteristiche del sistema di arresto e di frenata.

Il generico riferimento alle pregiudizievoli conseguenze per l'imputato in caso di sinistro è stato effettuato, omettendo di considerare il dato - valorizzato invece dalla sentenza di primo grado - costituito dai diversi esiti, in caso di incidente, per colui che viaggiava a bordo di un furgone del peso pari a circa due tonnellate e per chi, invece, si trovasse a bordo di un'auto.

La conclusione circa l'omessa valutazione e accettazione del rischio di verificazione dell'evento lesivo nella convinzione, o nella ragionevole speranza, di poterlo evitare per abilità personale, desunta dalla capacità di guida e dall'asserita capacità di trovare "uno spazio in cui inserirsi", pur in presenza di un "traffico non scarso", mal si concilia con le indicazioni in ordine alle caratteristiche del luogo del sinistro ("un incrocio...molto ampio", secondo quanto risulta a f. 7 della sentenza impugnata), al punto d'impatto (la fiancata posteriore destra dell'auto "Citroen" condotta da Te.Ni. - cfr. f. 1 sentenza impugnata) e alla mancata adozione di qualsiasi

tipo di manovra di emergenza (cfr. f. 6 della sentenza impugnata), idonea a scongiurare la collisione.

5. Nella giurisprudenza di questa Corte è stato chiarito che il procedimento logico di valutazione degli indizi si articola in due distinti momenti. Il primo è diretto ad accertare il maggiore o minore livello di gravità e di precisione degli indizi, ciascuno considerato isolatamente, tenendo presente che tale livello è direttamente proporzionale alla forza di necessità logica con la quale gli elementi indizianti conducono al fatto da dimostrare ed è inversamente proporzionale alla molteplicità di accadimenti che se ne possono desumere secondo le regole di esperienza. Il secondo momento del giudizio indiziaro è costituito dall'esame globale e unitario tendente a dissolverne la relativa ambiguità, posto che "nella valutazione complessiva ciascun indizio (notoriamente) si somma e, di più, si integra con gli altri, talché il limite della valenza di ognuno risulta superato, (...) l'incidenza positiva probatoria viene esaltata nella composizione unitaria, e l'insieme può assumere il pregnante e univoco significato dimostrativo, per il quale può affermarsi conseguita la prova

logica del fatto (...) che non costituisce uno strumento meno qualificato rispetto alla prova diretta (o storica) quando sia conseguita con la rigorosità metodologica che giustifica e sostanzia il principio del c.d. libero convincimento del giudice" (Sez. Un, 4 febbraio 1992, n. 6682).

Le linee dei paradigmi valutativi della prova indiziaria sono state recentemente ribadite dalle Sezioni Unite che hanno evidenziato che il metodo di lettura unitaria e complessiva dell'intero compendio probatorio non si esaurisce in una mera sommatoria degli indizi e non può, perciò, prescindere dalla operazione propedeutica che consiste nel valutare ogni prova indiziaria singolarmente, ciascuna nella propria valenza qualitativa, tendente a porne in luce i collegamenti e la confluenza in un medesimo contesto dimostrativo (Sez. Un. 12 luglio 2005, n. 33748).

6. Nel caso in esame la Corte di merito, oltre a leggere in maniera parziale le risultanze processuali illustrate nella sentenza di primo grado, ha valutato la posizione dell'imputato analizzando soltanto alcuni degli elementi probatori e non si è preoccupata di calarli all'interno dell'intero contesto che

avrebbe potuto indubbiamente contribuire a chiarire la loro effettiva portata dimostrativa e la loro reale congruenza rispetto al tema d'indagine.

Al fine di stabilire se nel caso in esame ricorressero gli estremi del dolo eventuale o della colpa aggravata dalla previsione dell'evento, il giudice d'appello avrebbe dovuto esaminare i seguenti elementi, ponendoli in correlazione logica fra loro: le modalità e la durata dell'inseguimento; il lasso di tempo intercorso tra l'inizio dello stesso e la sua trasformazione in mero controllo a distanza del furgone rubato; le complessive modalità della fuga e la sua protrazione pur dopo che la Polizia aveva adottato una differente tipologia di vigilanza; le caratteristiche tecniche del mezzo rubato in rapporto a quanto in esso contenuto; la conseguente energia cinetica in relazione alla velocità serbata; le caratteristiche degli incroci impegnati con luce semaforica rossa prima del raggiungimento di quello tra via (OMISSIS) e le relative possibilità di avvistamento di altri veicoli; la conformazione dei luoghi in cui avvenne l'impatto con la "Citroen" condotta da Te.Ni.; l'assenza di tracce di frenata o di elementi

obiettivamente indicativi di tentativi di deviazione in rapporto al punto d'impatto con il mezzo su cui viaggiavano i tre giovani e alle caratteristiche dell'incrocio tra viale (OMISSIS); il comportamento serbato dall'imputato dopo la violenta collisione.

7. Palese è, infine, il vizio metodologico dell'iter argomentativo della sentenza impugnata che ha assunto il ragionevole dubbio come punto di partenza, anziché come approdo finale del ragionamento una volta assolto all'onere informativo. Compito del giudice di merito, infatti, è, in primo luogo, quello di esaminare tutte le informazioni probatorie acquisite e, quindi, di vagliare la loro valenza, non potendosi, al contrario, prendere le mosse dal ragionevole dubbio per mettere in ordine logico le congetture”¹¹⁴.

Se la citata sentenza consente di attingere nitidamente le difficoltà ermeneutiche al cui cospetto si trovano i giudicanti che devono dipanare casi come quello “Vasile”, una sentenza pronunciata dalla Suprema Corte meno di un anno prima (Cassazione penale - Sezione quarta - 18 febbraio - 24 marzo

2010, n. 11222, Lucidi¹¹⁵), nel riportare parte del ricorso del Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Roma, è ancora più significativa nel mettere l'accento su quelle implicazioni morali che inevitabilmente finiscono per colmare le zone grigie tra *dolus eventualis* e colpa cosciente che i criteri discretivi classici elaborati dalla dottrina, in secoli di speculazione, non sono riusciti ad eliminare.

Anche nell'ipotesi considerata dalla Suprema Corte nel 2010, così come nella sentenza “Vasile”, a fronte di una sentenza di primo grado di condanna dell'imputato per omicidio volontario con dolo indiretto, il Giudice d'appello aveva derubricato la condanna in omicidio colposo ritenendo sussistere il più lieve coefficiente psichico della colpa con previsione.

Riporta la Cassazione nella sentenza “Lucidi”: *“Il Procuratore Generale, con unico motivo, deduce la violazione dell'art. 575, in relazione agli artt. 42 e 43 c.p., e mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione.*

¹¹⁴ Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 01-02-2011) 15-03-2011, n. 10411, VASILE.

Premette che “la norma astratta risponde alle esigenze ed alle pulsioni sociali del momento storico in cui viene posta”¹¹⁶ e che “spetta al giudice, soprattutto laddove il legislatore non sia intervenuto sollecitamente, il delicato compito di modularla via via per adattarla all'incessante mutare del vivere civile ...” e “tipico esempio della sensibilità evolutiva della Corte di Cassazione è costituito dal dolo eventuale...”.

A proposito di questo, rileva che “maggiori difficoltà comporta, indubbiamente, la identificazione dell'elemento dell'accettazione del rischio”; “il giudice dovrebbe ... porsi la domanda: l'uomo medio in quelle circostanze si sarebbe rappresentato il rischio e lo avrebbe accettato?”¹¹⁷ Ovvero, pur rappresentandosi il rischio, sarebbe stato certo di non cagionare l'evento?”. Assume che “la trasformazione della società impone una correlata e adeguata interpretazione della

¹¹⁵ In *Dir. Pen. e Processo*, 2010, n.5, pag. 544, nonché in *Foro It.*, 2010, n.6, 2, 306, con nota di DI FRESCO.

¹¹⁶ Si evince chiaramente dalle parole del Procuratore Generale il preciso riferimento alle norme sociali di civiltà o *Kulturnormen*, ed alla loro influenza in chiave ermeneutica; argomento sul quale, più ampiamente, si veda *infra* Parte terza.

¹¹⁷ E' anche evidente come il ricorrente Procuratore Generale abbia adottato il più recente criterio coniato dal CANESTRARI, che si fonda sulla possibilità di immaginare, *illico et immediate*, un agente modello che incarni l'angolo visuale dell'ordinamento giuridico. Sul punto S. CANESTRARI, *Dolo*

norma che disciplina il delitto di omicidio volontario con dolo eventuale nel corso di circolazione stradale... La tendenza alla deresponsabilizzazione in colposa della criminalità omicidiaria stradale ha costituito, sinora, un dato consolidato sia nella giurisprudenza sia nelle scelte legislative ...". Rileva, indi, che "il primo giudice, con una pronuncia improntata ad elevatissima sensibilità sociale, aveva avuto il coraggio di tracciare un nuovo percorso interpretativo, che la Corte di Assise di Appello ha ritenuto di cancellare ...". Ricorda che Lucidi era "assuntore di cocaina e tossicodipendente e che, proprio in considerazione del suo stato di tossicodipendente e delle alterazioni psicofisiche conseguenti, era stato privato della patente di guida" e "tuttavia continuava a guidare abitualmente ... una potente autovettura"; nella circostanza per la quale è causa, egli, "in preda all'ira contro la Giordano, rea di aver deciso la recisione della loro relazione, ha impugnato il volante della sua potente autovettura, manovrandola come un missile da scagliare contro tutti e contro tutto ...; era, quindi, perfettamente consapevole della

eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle

gravità dei danni fisici a terzi (pedoni, motociclisti o conducenti di auto) che da uno scontro sarebbero scaturiti ...; il dolo che sorregge l'azione o l'omissione va qualificato come eventuale quando vi sia la rappresentazione, nell'agente, della probabilità o della semplice possibilità del verificarsi dell'evento letale come conseguenza della condotta medesima e il rischio di tale accadimento sia stato accettato". In conclusione: "la Corte di Assise di Appello è incorsa in vizio di motivazione laddove ha ritenuto che l'elemento soggettivo dovesse identificarsi esclusivamente attraverso la 'lettura' del pensiero manifestato dall'imputato dopo l'evento e non già attraverso la 'lettura' della rappresentazione dell'evento e dell'accettazione del rischio, risultanti dalla correlata valutazione della credibilità delle dichiarazioni dell'imputato alla luce dei dati testimoniali acquisiti e all'id quod plerumque accidit". Conclude il ricorrente chiedendo alla "Corte di Cassazione di porre il suo innovativo sigillo alla sentenza del primo giudice, travolgendo il modello giovanile di esaltazione

tipologie delittuose, Milano, Giuffrè, 1999, pag. 153 e ss.

della cultura della morte e riaffermando il principio della sacralità della vita”¹¹⁸.

Anche se nella citata pronuncia la Cassazione ha concluso per il rigetto del ricorso e, pertanto, per la conferma della sentenza gravata, le parole del Procuratore Generale sopra riportate si appalesano particolarmente utili a suffragare la tesi trattata.

Il chiaro riferimento al contesto sociale, alla sacralità della vita ed alla personalità del reo non fanno che corroborare la percezione che gli interpreti, per sceverare tra *dolus eventualis* e colpa cosciente, si affidino più ad un giusnaturalistico senso di giustizia e ad intuizioni pre-giuridiche che ai canoni della legalità.

Tanto si evince, del resto, da quanto statuito dalla Cassazione riguardo ad un altro caso legato alla circolazione stradale¹¹⁹. Nella sentenza Cass. Pen., Sezione IV, n° 13083 del

¹¹⁸ Cassazione penale - Sezione quarta - 18 febbraio - 24 marzo 2010, n. 11222, *Lucidi*.

¹¹⁹ Cass. Pen., Sezione IV, n° 13083 del 25 marzo 2009 in “Cassazione Penale 2009 - Analisi ragionata della giurisprudenza di legittimità”, Edizioni CieRre, Roma, 2009, a cura di Luigi Levita, pag. 297 e ss., con nota di G. GRAGNANIELLO. L'oggetto, in particolare, è costituito dall'investimento di due pedoni da parte di un conducente in stato di ebbrezza alcolica, essendogli stato riscontrato un tasso alcolemico di 1,05 g/l.

25 marzo 2009, la Corte ha escluso l'imputazione di omicidio doloso prospettata dal ricorrente Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Salerno, confermando quella di omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento, sulla scorta di un'intuizione morale - culturale legata al *tipo d'autore*, piuttosto che in forza di solidi elementi atti ad escludere il dolo eventuale. Anche in questo caso sembrerebbe esser stato premiato l'ottimismo irresponsabile.

Uno dei commentatori¹²⁰ di quest'ultima pronunzia ha messo ben in luce le difficoltà interpretative dei giudicanti e la tendenza delle decisioni a rifluire verso la colpa anche in virtù di un giudizio dettato dal contesto sociale dell'azione: “in linea di massima risulta molto meno complicato provare la ferma intenzione criminosa nel dolo diretto, piuttosto che l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento lesivo, non essendo propriamente l'evento il fine perpetrato dal soggetto agente, ove si consideri il dolo nella forma meramente eventuale. Nel dolo diretto il fatto spesso rivela l'intenzione; nel dolo eventuale no. Quindi, l'indagine è sovente destinata a

spostarsi sul piano dell'analisi psicologica del soggetto agente, sulla di lui personalità, sull'età, sull'estrazione sociale e sul grado di cultura, sulle ambizioni coltivate e sul contesto in cui vive: il terreno, a ben vedere è quanto mai spinoso, ed il giudice spesso è costretto ad "*incédere per ignes*"¹²¹.

Reperire la prova dell'accettazione del rischio di verifica è operazione quanto mai diabolica, e pertanto accade non di rado che in sede dibattimentale imputazioni mosse a titolo di dolo eventuale vengano derubricate in fattispecie colpose (ove previste), contestandosi la colpa cosciente. E' operazione molto meno complicata stabilire se una condotta è imprudente, imperita o contraria a leggi, discipline, prescrizioni e norme di condotta. Parametrando poi l'*id quod plerumque accidit* con la tipologia umana del soggetto agente, è relativamente agevole stabilire se egli potesse o meno essere cosciente dell'idoneità causale della condotta posta in essere rispetto alla

¹²⁰ G. GRAGNANIELLO, vedi nota precedente.

¹²¹ Il significato dell'espressione latina è quello di proseguire per balzi, ossia per suggestioni, accettando il rischio di inevitabili strappi espositivi, approssimazioni e zone d'ombra.

verificazione dell'evento, agendo nella convinzione di riuscire a scongiurarne la produzione”¹²².

§ - 3 Il recentissimo caso che ha coinvolto la *Thyssenkrupp* a Torino.

Alle conclusioni della summenzionata sentenza “Vasile” si è rifatta anche la più recente giurisprudenza di merito investita della delicata questione relativa al rogo sviluppatosi negli impianti della *Thyssenkrupp* di Torino il 6 dicembre 2007.

Com'è noto, grazie all'ampia eco mediatica della sentenza “Thyssen”, l'Amministratore Delegato e membro del Comitato Esecutivo della ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni S.p.A., esercente anche lo stabilimento di Torino, Herald Espenhahn, è stato condannato dalla Seconda Corte d'Assise di Torino, a titolo di dolo eventuale, per i reati di cui agli artt.

¹²² G. GRAGNANIELLO, contributo escerpito da “*Cassazione Penale 2009 - Analisi ragionata della giurisprudenza di legittimità*”, Edizioni CieRre, Roma, 2009, a cura di Luigi Levita, pag. 297 e ss.

110, 437, I e II comma, 81, I comma e 575 cod. pen., nonché per il reato di cui all'art. 423 cod. pen¹²³.

La Corte torinese è pervenuta alla condanna - che ha fatto molto scalpore poiché è stata la prima di questo tenore a detrimento di un *Top manager* - dopo aver dimostrato, con articolate e laboriose argomentazioni, che l'A.D. era pienamente a conoscenza dei rischi quotidianamente affrontati dagli operai della Linea 5 dello stabilimento di Torino e, in particolare, del rischio dell'innescò e della propagazione di incendi (anche letali).

Ciò discendeva sia dall'esatta conoscenza di eventi pregressi che, su linee di lavoro consimili, nonché sulla stessa Linea 5 di Torino, avevano interessato gli impianti della ThyssenKrupp, sia dalla valutazione del rischio specifico relativo allo stabilimento di Torino ed alla Linea 5. In particolare, l'Amministratore Delegato era anche edotto del fatto che i consulenti Tecnici della Società Assicuratrice per la

¹²³ Le motivazioni della sentenza, il cui dispositivo è stato pubblicato il 15 aprile 2011, sono state depositate in Cancelleria soltanto il 14 novembre 2011. Attualmente questa importantissima pronuncia è ancora inedita sebbene reperibile sulla rete Internet. Ad esempio, è consultabile, priva di commento, sul sito: <http://olympus.uniurb.it>, che costituisce un "Osservatorio per il

Responsabilità Civile verso Terzi dell'acciaieria, AXA Assicurazioni S.p.A., avevano espressamente consigliato l'adozione di misure volte a prevenire incendi ed infortuni nella sede torinese e, segnatamente, sulla Linea 5. Tant'è che, in base alle risultanze degli elaborati dei suoi tecnici, l'AXA aveva contemplato nel nuovo contratto stipulato per la copertura della Thyssen franchigie molto più elevate del passato, portando a 100 milioni di Euro l'importo della franchigia già fissata in 30 milioni di Euro.

Nel corso del dibattimento era emerso che il prefato Espenhahn godeva di personali competenze ed esperienza nel settore della lavorazione dell'acciaio; era perfettamente edotto del grave rischio incendi che incombeva sulla linea di ricottura e decappaggio dello stabilimento di Torino, e che l'Espenhahn fu colui che prese la decisione di sospendere l'imminente stanziamento di fondi per mettere in sicurezza quella linea di produzione poiché l'impianto torinese era ormai in via di progressiva dismissione.

monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro”.

Lo stanziamento di fondi per la messa in sicurezza di quella linea produttiva sarebbe, pertanto, stato perfezionato in seguito al trasferimento di quegli impianti a Terni, ov'è ubicata la sede principale della ThyssenKrupp in Italia.

Per adoperare le parole della pronuncia in commento: “Il complessivo quadro sopra esposto, relativo agli elementi di conoscenza ed all'alto grado della consapevolezza in capo ad ESPENHAHN, induce la Corte a ritenere che certamente ESPENHAHN, così come contestato, si fosse "rappresentato" la concreta possibilità, la probabilità del verificarsi di un incendio, di un infortunio anche mortale sulla Linea 5 di Torino; e che, altrettanto certamente, rivolgendo ESPENHAHN la sua volontà verso i due obiettivi sopra indicati [*non disporre alcun intervento di prevenzione e protezione incendi a Torino, sulle linee di ricottura e decappaggio, sulla linea 5, nonostante "tutto" in quel periodo spingesse ESPENHAHN ad intervenire (dalle norme tecniche al WGS, dal dovere di tutela ai decreti ministeriali, dalle condizioni dello stabilimento di Torino alle relazioni degli assicuratori ecc. ecc.) e continuare la produzione*], insieme omettendo qualsiasi intervento di "fire

prevention" in tutto lo stabilimento ed anche sulla linea 5 ed anche nella zona di entrata della linea 5, ne avesse effettivamente accettato il rischio"¹²⁴.

“(…) Si deve quindi ritenere, dagli elementi esposti, che ESPENHAHN nei confronti dello stabilimento di Torino avesse deciso di non investire, di azzerare qualsiasi intervento in materia di sicurezza sul lavoro e di *fire prevention*; avesse deciso di continuare la produzione in quello stabilimento, per 15 mesi dopo l'annuncio ufficiale della sua dimissione; avesse continuato - sino a che i volumi si presentavano economicamente "significativi" - a controllare la - sola - produzione; avesse quindi, contemporaneamente, abdicato completamente al suo ruolo di "datore di lavoro", decidendo di non effettuare a Torino alcun intervento di "*fire prevention*" e lasciando che per tutta la materia antinfortunistica ed antincendio, per tutta la materia di tutela della vita e dell'incolumità dei lavoratori, dei dipendenti THYSSEN KRUPP AST nello stabilimento di Torino (v. capitolo 8), ad occuparsene fossero i suoi "collaboratori" di Torino, privi di

¹²⁴ Sentenza “Thyssen” pag. 348.

ogni potere decisionale e di spesa autonomo (v. capitolo 13) e con l'approccio quotidiano da parte di questi ultimi e con gli esiti che la Corte ha già ampiamente ricordato e trattato: e che erano parimenti conosciuti e valutati da ESPENHAHN, sulla base della sua preparazione e competenza in materia”¹²⁵.

La Corte torinese nell'impianto logico-giuridico che ha sotteso la condanna ha espressamente richiamato l'*iter* argomentativo della sentenza “Vasile”, evidenziando l'importanza dell'elemento volitivo del dolo eventuale e, al contempo, individuando tale requisito nell'inequivocabile rappresentazione dell'evento lesivo collaterale secondo la concatenazione causale di un nesso eziologico stringente ed ininterrotto¹²⁶.

¹²⁵ Sentenza “Thyssen”, pag. 350.

¹²⁶ “*Il soggetto pone in essere un'azione accettando il rischio del verificarsi dell'evento, che nella rappresentazione psichica non è direttamente voluto, ma appare probabile. In altri termini, l'agente, pur non avendo avuto di mira quel determinato accadimento, ha tuttavia agito anche a costo che questo si realizzasse, sicché lo stesso non può non considerarsi riferibile alla determinazione volitiva*”, passo della Sentenza “Vasile” richiamato nella sentenza “Thyssen”, pag. 350. Riecheggiano in queste parole i principi ricognitivi del *dolus eventualis* improntati all'assunzione di un rischio intrinsecamente doloso. Resta da chiedersi, parafrasando il CANESTRARI, se nei panni dell'Amministratore Delegato, al cospetto della decisione di apprestare le dovute cautele atte a prevenire incendi nello stabilimento torinese, fosse ancora possibile prefigurarsi un ipotetico agente modello col quale effettuare le opportune comparazioni. Ove la risposta fosse positiva - così come sovente avviene nei rischi “*schermati*” propri delle attività produttive - allora la conclusione per la condanna a titolo di dolo eventuale dovrebbe percepirsi come

Sicché se l'agente ha percepito il significato precettivo della regola cautelare e si è rappresentato la probabilità del verificarsi dell'epilogo lesivo, ove non si sia verificata alcuna interruzione del nesso causale che lega l'evento alla condotta (attiva o passiva), non può non concludersi che il reo abbia *voluto* quell'evento.

La Corte ha anche sottolineato l'importanza della subordinazione di un bene ad un altro, compiuta dall'agente allorché ha accettato il rischio della lesione, di talché il rischio del prodursi dell'evento lesivo è divenuto il prezzo da pagare per il perseguimento della precipua finalità del reo, il quale ha agito anche a costo di provocare quella lesione.

Né per l'imputato ha sortito (o avrebbe potuto sortire) alcun effetto il richiamo alla “*speranza*” che l'epilogo lesivo, in effetti, non si realizzasse, atteso che, così come dichiarato, *apertis verbis*, dal Collegio giudicante, tale generica speranza da parte dell'Amministratore Delegato, nel caso *de quo*, si sarebbe appalesata assolutamente irragionevole¹²⁷.

una forzatura dettata da pulsioni emotive e l'elemento soggettivo assumerebbe le sembianze di un *dolus in re ipsa*.

¹²⁷ Sul punto vedi *supra*, Parte prima, Capitolo II, § 2.

Senza qui voler intraprendere un commento esaustivo della pronuncia considerata, basti sottolineare come la sentenza “*Thyssen*” si manifesti innovativa per la peculiare asprezza del titolo di condanna.

Infatti, si deve rammentare che il contesto nel quale è intervenuta la condotta (omissiva) di Espenhahn è pur sempre quello tipico del rischio “*schermato*”. Nell'ambito del lavoro all'interno dell'acciaieria il *Top Manager* avrebbe potuto, comunque, fare affidamento sull'osservanza delle opportune cautele da parte dei lavoratori (operai specializzati), sia pure in un contesto lavorativo poco sicuro e, negli ultimi tempi, molto trascurato.

La condanna per omicidio volontario dell'Amministratore Delegato della *ThyssenKrupp*, pur rispondendo alla domanda di giustizia dei prossimi congiunti delle vittime e della società civile, non può non destare qualche perplessità laddove si tenti di abbozzare mentalmente qualche paragone con le forme omicidiarie più note messe in atto, ad esempio, dal ladro o dal rapinatore.

L'equiparazione di un rischio essenzialmente colposo a quello doloso lascia, di primo acchito, sbigottiti. Allo stato non sarebbe azzardato ipotizzare eventuali riforme e derubricazioni della condanna di Espenhahn nei successivi gradi di giudizio, così com'è avvenuto nel caso “Vasile” e nel caso “Lucidi”¹²⁸.

Tuttavia, ai fini della presente indagine, ciò che più rileva è l'esemplarità della condanna ed il fatto che il suo rigore risponda ad un'esigenza di giustizia fortemente sentita dai consociati.

Analogamente a quanto accaduto nel caso “Vasile”, nell'ipotesi dell'incendio nello stabilimento Thyssen di Torino, vi sono stati elementi tali da far avvertire il *penal flavour* nella sua declinazione massima di matrice dolosa.

Se nel caso “Vasile” può aver giocato un ruolo fondamentale la natura del contesto iniziale (criminoso) nell'ambito del quale il reo ha agito, nel caso “Thyssen” si ritiene possa aver notevolmente influito la fredda determinazione, “*a tavolino*”¹²⁹, di non adottare gli investimenti previsti al fine mettere in

¹²⁸ Entrambi i casi sono stati trattati in questo stesso capitolo al § 2.

¹²⁹ L'espressione ricorre a più riprese nelle motivazioni della sentenza “Thyssen” depositate il 14 novembre 2011.

sicurezza gli impianti della linea di produzione, proprio lì ove si è sviluppato il tragico rogo.

In altre parole, se Vasile versava nell'impossibilità di compiere una razionale subordinazione di un bene ad un altro¹³⁰, considerata la velocità dell'azione ed il rapido susseguirsi degli avvenimenti, ed a tale argomentazione avrebbe potuto appigliarsi, il summenzionato estremo espediente difensivo non è offerto ad Espenhahn, il quale ha lucidamente deciso di procrastinare gli interventi manutentivi e di sicurezza degli impianti della linea di produzione 5 dello stabilimento torinese ad un momento successivo al loro trasferimento a Terni, pur decretando che quegli stessi impianti - non sicuri - continuassero la loro attività produttiva per ulteriori 15 mesi a far data dall'ufficializzazione della chiusura dello stabilimento di Torino.

Nell'economia della sentenza di Torino è il peculiare nitore della rappresentazione della probabilità del tragico evento lesivo (che è addirittura provata *per tabulas* in virtù di perizie, indagini e note tecniche ben conosciute, *ab initio*, dal *Top*

Manager), nonché la freddezza e la lucidità della decisione consapevolmente assunta da Espenhahn, che hanno fatto propendere per il *dolus eventualis*.

A quelle condizioni ed in un contesto di scelte aziendali razionalmente pianificate, non poteva non apparire *dolosa* l'omissione di investimenti e di cautele volte a mettere in sicurezza gli impianti produttivi della fabbrica, mentre troppo lievi si sarebbe appalesata l'imputazione colposa, sia pure con l'aggravante della previsione dell'evento *ex art. 61, I comma n° 3 cod. pen.*

Questo è l'aspetto che maggiormente interessa della pronuncia esaminata, poiché consente un diretto raffronto tra norme giuridiche e norme di cultura.

In un caso come quello che ha coinvolto la ThyssenKrupp le norme scritte del sistema penale (o almeno quelle che apparirebbero, *prima facie*, sicuramente attagliarsi all'ipotesi considerata) non appaiono adeguate a rendere il

¹³⁰ E' la fondamentale tesi di S. PROSDOCIMI per discernere dolo indiretto e colpa con previsione. S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Cit., pag. 47.

complessivo disvalore¹³¹ della condotta dell'Amministratore Delegato.

Era necessario un *quid pluris* rispetto alla condanna per colpa cosciente al fine di far coincidere la decisione giudiziale con le norme di cultura diffuse nella coscienza sociale.

Sebbene con i dovuti distinguo relativi al funzionamento delle *Kulturnormen*, le quali non dovrebbero mai spingere i giudici ad abbassare la scure della sanzione criminale sull'onda dell'emotività¹³², può affermarsi che quello della sentenza Thyssen sia un tipico caso in cui la condanna penale del reo rispecchia fedelmente quella espressa dall'anatema *sociale*.

Alle implicazioni morali e culturali riconnesse al *discrimen* tra dolo eventuale e colpa con previsione e, in

¹³¹ Sull'importanza di cogliere appieno il disvalore delle fattispecie penali, nelle sue imprescindibili componenti di *Handlungsunwert* (disvalore d'azione) e *Erfolgusunwert* (disvalore d'evento), A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio, I: profili introduttivi e politico-criminali*, Cedam, Padova, 1988, pag. 673 e ss.

¹³² Com'è noto, infatti, secondo l'insegnamento del CADOPPI, ormai ben interiorizzato dalla scienza criminale, le *Kulturnormen* possono fungere soltanto da criterio negativo circa la previsione di una sanzione penale o l'irrogazione di una condanna. Esse funzionano *in bonam partem*, nel senso che non dovrebbe essere assoggettato a pena ciò che non è riprovato dalla coscienza sociale tanto da assurgere ad illecito criminale; ciò che non è avvertito come crimine dai consociati. Viceversa, le norme di cultura non dovrebbero spiegare il loro ruolo guida anche *in malam partem*. Nessun legislatore e nessun giudice dovrebbero, ad esempio, assecondare la pura e semplice sete di vendetta della collettività, neppure innanzi ai fatti moralmente più riprovevoli. In questo senso A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio, I: profili introduttivi e politico-criminali*, Cedam, Padova, 1988, pag. 735.

particolare, all'influenza delle *Kulturnormen in subiecta materia* è dedicata la terza parte della presente indagine.

PARTE TERZA

CAPITOLO I
**La *distinctio* tra dolo eventuale e colpa
con previsione alla luce della dottrina
delle *Kulturnormen***

§ - 1 *Dolus eventualis*, *Richterrecht* e norme di cultura.

Fin dall'*incipit* di questo lavoro (cfr. *supra*: Parte Prima, Capitolo I, §1) si è riferita, quale evidenza inconfutabile, la constatazione che il dolo eventuale non è istituito contemplato, *apertis verbis*, dal diritto positivo, ma costituisce una

costruzione dogmatica dei cultori del *ius criminale* e della giurisprudenza. Caratteristica, questa, che costituisce la prima e più immediata differenza del dolo indiretto rispetto alla forma di imputazione subiettiva ad esso contigua della colpa con previsione dell'evento.

Che il dolo eventuale non sia previsto dall'ordinamento penale *de lege lata*, e che, tuttavia, esso continui a far discutere i giuristi, far arrovellare la dottrina e a dividere gli interpreti in sede applicativa non è contraddizione percepita dagli studiosi e dai pratici del diritto quale insanabile aporia.

L'affermazione, anzi, non desta affatto stupore¹³³.

La *forma mentis* del giurista italiano e continentale non è informata ad un cieco giuspositivismo kelseniano che nel rigido *Stufenbau der Rechtsordnung*¹³⁴ non lascia spazio all'*interpretatio prudentium*. Al contrario, l'interpretazione

¹³³ Il fatto che il *dolus eventualis*, pur non essendo previsto dalla legge penale, costituisca uno dei temi più discussi e dibattuti in dottrina non desta perplessità, piuttosto è la stessa categoria dogmatica del dolo eventuale ad essere guardata con sospetto. Il MANNA, ad esempio, considera il dolo indiretto come il frutto velenoso di un'indebita analogia *in malam partem*. A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *L'Indice penale*, n. 1, 2010, pagg. 14 e 15.

¹³⁴ La teoria dello *Stufenbau der Rechtsordnung*, tradizionalmente connessa al pensiero ed al sistema filosofico di HANS KELSEN, fu elaborata dal suo allievo ADOLF JULIUS MERKL. Sul punto G. PALOMBELLA, *Filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1996, pag. 173.

giudiziale è sempre stata tenuta in grande considerazione dai più grandi studiosi del diritto e dai più brillanti esponenti della dottrina. Gli *iudices* - sebbene ciceronianamente soggetti soltanto alla legge e, pertanto, *servi legum*¹³⁵ - intervengono costantemente nell'opera ermeneutica delle norme giuridiche; colmano lacune; conferiscono soluzioni nuove a problemi antichi, dichiarano il nuovo significato di istituti vecchi, adeguandoli ai tempi nuovi. Non è un caso che si assista ad un rinnovato fervore nello studio dei precedenti giudiziari¹³⁶ e che nel cuore del dibattito penalistico sia risorta la questione relativa all'opportunità di introdurre una forma, sia pure embrionale, di *stare decisis*¹³⁷.

¹³⁵ La celebre espressione di MARCO TULLIO CICERONE è tratta dall'orazione *Pro Cluentio*, LIII, 145: «*Legum ministri magistratus, legum interpretes iudices; legum idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*».

¹³⁶ Si prenda in considerazione il successo dello studio di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999.

¹³⁷ Da ultimo ciò è, peraltro, avvenuto nell'ordinamento civile con l'introduzione del nuovo art. 374, III comma del codice di rito civile (ad opera dell'art. 8 del Decr. Legisl.vo 2 febbraio 2006 n° 40) che attribuisce valore vincolante, per le Sezioni semplici della Suprema Corte, alla pronunce delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione. Ha evidenziato l'incompatibilità, nel nostro sistema, di un ipotetico *stare decisis* con la norma di cui all'art. 101, II comma Cost. il GUASTINI, per il quale la norma costituzionale garantisce l'autonomia decisionale del giudice e la sua imparzialità. Si esclude che i precedenti giudiziari possano porre un vincolo giuridicamente rilevante, «*come si trattasse di un'anomala soggezione a poteri esterni*». R. GUASTINI, *La magistratura, sub art. 101 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, (a cura di Branca), Bologna-Roma, 1994, pag. 191 e ss. Per l'introduzione, in *criminalibus*, di congegni processuali atti a favorire l'unità

La fattispecie od il conio di natura giurisprudenziale sono sovente accolti con tanta più spontaneità e naturalezza quanto più si uniformino a figure concettuali interiorizzate da secoli di speculazione giuridica. Così, l'introduzione di *ius honorarium* del furto d'uso - fattispecie formatasi nelle aule di giustizia sotto il vigore del Codice Zanardelli e poi recepita dal Codice Rocco¹³⁸ - non poteva stupire l'interprete formatosi sugli insegnamenti di autorevolissimi giuristi del nostro passato come GIULIO PAOLO. Chi conosceva la mirabile definizione di *furtum* ideata e confezionata da Paolo¹³⁹ non poteva nutrire riserve sulla fattispecie del furto d'uso che s'imponeva in *iure quo utimur*, sbocciando *ex novo* da un sostrato giuridico atavico.

del diritto oggettivo, stabilità della giurisprudenza e nomofilachia, A. CADOPPI, *Introduzione allo studio del valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano*, ne *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, (a cura di Umberto Vincenti), Cedam, Padova, 1998, pag. 132. Sul punto mi permetto di richiamare la mia tesi di laurea, M. RENZULLI, *Stare decisis e diritto penale. Un confronto fra Italia e Spagna, con particolare riferimento al ruolo delle Corti Supreme*, Parma, 2007.

¹³⁸ La "norma" di origine giudiziale, o sotto-fattispecie, fu trasfusa, poi, nella previsione di cui all'art. 626 del Codice Rocco. Per una più compiuta esposizione di questo esempio tratto dalla giurisprudenza formatasi sotto il vigore del codice Zanardelli e peraltro tratatizio, nonché per la brillante definizione del concetto di *sotto-fattispecie* di creazione giudiziale, si veda la fondamentale monografia di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999, pag. 151 e ss.

Un fenomeno non dissimile ha interessato il *dolus eventualis*¹⁴⁰.

A ben vedere, il Legislatore del 1930 ha apertamente scartato l'idea di disciplinare il dolo indiretto. La scelta di escludere il dolo eventuale si collocava nel solco concettuale della valorizzazione dell'elemento volitivo del dolo, che nella sua forma di manifestazione ordinaria è stato concepito come dolo intenzionale¹⁴¹.

Inoltre, nell'impianto del Codice Rocco furono volutamente disciplinate in modo espresso tutte le possibili eventualità di reati aggravati dall'evento e di discrepanze tra il voluto ed il realizzato. Ogni possibile iato che si fosse insinuato tra volizione ed evento cagionato in concreto sarebbe stato colmato con il canone della responsabilità oggettiva *ex art. 42 cod. pen.* o con il ricorso alla figura della colpa

¹³⁹ Il riferimento è alla notissima *definitio furti* di GIULIO PAOLO: "*Furtum est contrectatio rei fraudolosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve*".

¹⁴⁰ Il *dolus eventualis* è conosciuto in tutti gli ordinamenti giuridici originati dal diritto comune di matrice canonistica-medieoevale.

¹⁴¹ Anche qui, come nella trattazione che precede, per esigenze espositive, l'espressione dolo intenzionale è adoperata come sinonimo di dolo diretto. Le ulteriori possibili partizioni del dolo, per quanto dogmaticamente apprezzabili, non sarebbero state funzionali all'indagine. Per l'adozione della figura del dolo intenzionale, o diretto, quale categoria unitariamente considerata, A. CADOPPI –

aggravata ex art. 61, I comma n° 3 cod. pen. Il Codice del '30 aveva previsto, *apertis verbis*, condizioni obiettive di punibilità (art. 44 cod. pen.), *aberratio ictus* (art. 82 cod. pen.) ed *aberratio delicti* (art. 83 cod. pen.), nonché il concorso c.d. anomalo ex art. 116 cod. pen. Non v'era spazio in questo originario impianto per il *dolus eventualis*.

La figura di dolo più tenue, sebbene conosciuta dal legislatore del '30, fu intenzionalmente riposta¹⁴²; riguardo alla dissoluzione delle partizioni della *mens rea* costituite dal dolo eventuale e/o indiretto Rocco dichiarò espressamente: “*Esse sono finite nel nulla: o l'evento dannoso è voluto, e c'è dolo; o non è voluto, e non c'è dolo*” [...]“ *se l'evento è conforme all'intento, abbiamo il dolo; se l'evento è non fuori, ma oltre - praeter - l'intento, abbiamo il delitto preterintenzionale; se invece l'evento va contro l'intento (dunque non è voluto) abbiamo la colpa*”¹⁴³.

P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, parte generale*, Cedam, Padova, 2002, pag. 271.

¹⁴² Lo rammenta anche il LICCI, G. LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, pag. 1499.

¹⁴³ A. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. 4°, *Atti della commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, parte 11ª,

Quanto premesso è funzionale a comprendere la *ratio* dell'istituto del dolo eventuale nel mutato quadro giuridico-dogmatico costituzionale - culturale e quanto sia significativo il ricorso, *ex novo*, a tale figura dogmatica.

In seguito all'ampio dibattito suscitato dalla fondamentale sentenza n° 364 del 1988 della Corte Costituzionale¹⁴⁴ e all'assurgere al rango costituzionale del principio di colpevolezza¹⁴⁵, la crisi della responsabilità oggettiva ha imposto una rivisitazione di tutte le fattispecie ed i congegni codicistici preordinati a disciplinare i casi di divergenza tra il voluto ed il realizzato ed ispirati al *versari in re illicita*.

Gli istituti sopra citati sono risultati in gran parte svuotati del loro originario contenuto precettivo. La *plenitudo* del Codice del 1930 è stata, pertanto, profondamente scalfita lasciando spazio a numerosi dubbi interpretativi riguardo a

Verbali delle sedute della commissione, (Libro I del Progetto), Roma, 1929, pag. 140.

¹⁴⁴ L'imprescindibile pronuncia della Consulta di cui fu relatore ed estensore il Prof. RENATO DELL'ANDRO, in *Riv. it. dir. Proc. Pen.*, 1988, pag. 686 e ss., con nota di PULITANÒ, nonché in *Foro it.*, 1988, I, 1385 e ss. con nota di G. FIANDACA.

quei casi che sarebbero ricaduti, a rigore, nello spettro delle norme tacciate di incostituzionalità se non interpretate in un'ottica costituzionalmente orientata.

Solo l'emersione di rischi ancipiti e subdole fenomenologie di pericolo ed il pullulare di nuove ed infide attività pericolose può forse spiegare, allora, perché, parallelamente alla riformulazione, in sede ermeneutica, dei reati aberranti e delle varie ipotesi di responsabilità oggettiva in ossequio al *nullum crimen sine culpa*, si sia assistito - in controtendenza rispetto ai “nuovi” principi costituzionali - alla riesumazione dalle sabbie dell'antica dottrina del *dolus eventualis*.

Il dolo indiretto era, in realtà, un “*fantasma*”¹⁴⁶ mai svanito dalla scena dottrinale e giurisprudenziale che faceva parte del retaggio culturale dei penalisti. Il ricorso a tale istituto, alla luce di quanto riferito in ordine al principio costituzionale di colpevolezza, stupisce, di primo acchito, poiché il *dolus*

¹⁴⁵ *Nullum crimen sine culpa*, secondo il felice conio del MANTOVANI, F. MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale*, V ed., Cedam, Padova, 2007, pag. 275.

¹⁴⁶ La definizione è di L. VON BAR, *Dolus eventualis?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1889, Op. Cit. da S. PROSDOCIMI, *Dolus*

eventualis è figura in cui la volontà dell'agente si manifesta troppo opaca e rarefatta per risultare soddisfacente al setaccio della rigorosa ricerca della rimproverabilità dolosa. Però, al contempo, il dolo indiretto costituisce l'espedito necessario per rispondere adeguatamente alle nuove esigenze di tutela sorte nella società dei rischi.

A ciò si aggiunga che le norme giuridiche non sono un *quid* di immutabile. Un rigido articolato costituzionale o codicistico, pur non essendo mai intaccato nel tempo dallo stilo emendatore del Legislatore, può assumere significati molto diversi a seconda del mutare del contesto sociale. Si pensi al caso emblematico dell'art. 27, I comma Cost.. Nell'affermare che “*La responsabilità penale è personale*”, i costituenti intendevano vietare la responsabilità penale indiretta o per fatto altrui, volevano impedire gli orrori delle rappresaglie o la resuscitazione di improbabili azioni nossali contro i figli per le colpe dei padri o viceversa¹⁴⁷.

eventualis, il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali, Milano, Giuffrè, 1993, pag. 3.

¹⁴⁷ *Noxa sequitur caput rei o Noxa caput sequitur*. ULPIANUS, libro 41 ad Sabinum, 2.

In seguito al mutato assetto costituzionale ed al mutato sentire sociale, nell'Italia Repubblicana, nel corso degli anni, il significato della personalità della responsabilità penale venne ad assumere un'accezione ben più ampia e profonda, divenendo la fonte del principio di colpevolezza. Il *nullum crimen sine culpa* impone che per essere concepito come *fatto proprio* dell'agente, il reato deve corrispondere ad un *fatto proprio colpevole* del reo, che gli sia, cioè, rimproverabile sulla base di un giudizio personalizzato.

L'art. 27, I comma Cost. formalmente non è mai stato modificato, né rispetto ad esso è stato mai avanzato alcun proposito di revisione costituzionale, eppure i suoi confini si sono estesi in conformità ai nuovi orizzonti interpretativi dischiusi dalla sentenza n° 364 del 1988 della Consulta.

Del resto, è noto che sussiste un certo divario tra costituzione formale e costituzione materiale ed i principi espressi dal MORTATI¹⁴⁸ sono suscettibili di essere applicati ad

¹⁴⁸ Il riferimento è all'imprescindibile opera di COSTANTINO MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940.

ogni norma giuridica. Quando vive nella *law in action*¹⁴⁹ la norma giuridica assume una fisionomia nuova e può finire per esprimere *in iure quo utimur* sfumature diverse da quanto avuto di mira inizialmente dal Legislatore¹⁵⁰.

Per quanto non direttamente disciplinato dal Codice Rocco, il dolo eventuale, sulla scorta di quanto sostenuto dalla dottrina e delle evoluzioni giurisprudenziali, potrebbe trovare un solido aggancio normativo proprio nell'art. 43 cod. pen.

Se, come detto nella prima parte (cfr. Parte prima, Capitolo II, § 1), il dolo indiretto viene inteso come “dolo minimo”, con qualche sforzo ermeneutico, la volizione attenuata che lo caratterizza può essere fatta rientrare nelle maglie dell'art. 43 cod. pen. Infatti, come anticipato *supra*, ove non intervenga alcun erroneo convincimento dell'agente circa il

¹⁴⁹ Per il concetto di *Law in action* e per un approfondimento dei rapporti di tale figura con la *Law in the books*, vedi A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999.

¹⁵⁰ L'ermeneutica giurisprudenziale non è un'operazione logica ideologicamente neutrale, ma il frutto di una precomprensione (*nihil cognitum nisi praecognitum*) non priva di giudizi di valore. Se così non fosse si cadrebbe nell'applicazione oltremodo formalistica delle norme, “*trascurandosi l'effettiva congruenza tra i casi concreti e gli scopi di tutela*”. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, III edizione, Zanichelli, Bologna, 2001, pag. 110. E' a dire che spesso le citate pre-comprensioni sono sapientemente celate e rivestite dell'ortodossia di stringenti argomentazioni tecnico-giuridiche; in questo senso G. FIANDACA nel suo contributo all'Incontro di studio presso la Suprema Corte

nesso eziologico che collega, nel caso concreto, l'evento lesivo collaterale alla condotta, e l'autore si sia rappresentato la probabilità o la possibilità che quell'evento si realizzasse, senza prefigurarsi, pertanto, alcun fattore impeditivo, deve concludersi che egli abbia *voluto* quell'evento.

Al di là di questa possibilità ermeneutica, ciò che interessa maggiormente è dimostrare che le norme giuridiche nascono, vivono e muoiono secondo le evoluzioni del sentire sociale e dei costumi.

Ex facto ius oritur, recita una massima d'antica sapienza. Il diritto nasce da esigenze ed evidenze di fatto e dopo la formale posizione di norme giuridiche da parte del Legislatore, esse, affidate alla inevitabile verifica empirica¹⁵¹, debbono essere vagliate alla luce delle vigenti norme di civiltà¹⁵².

su "Il diritto prevedibile: la funzione della Corte di Cassazione nel sistema delle fonti normative", ora in *Cassazione penale*, 2005, pag. 303 e ss.

¹⁵¹ Come ha acutamente sostenuto il MAZZACUVA, "la legge nasce come sperimentale e si affida all'inevitabile verifica pratica", "nasce come un manufatto da elaborare, da approvare, da verificare". N. MAZZACUVA, *L'interpretazione della legge penale (e i reati connessi ad internet)*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale* (a cura di GIOVANNI COCCO), Cedam, Padova, 2005, pag. 55. Nello stesso senso F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, pag. 1193.

¹⁵² L'ordinamento giuridico *realmente* si concreta e si attua solo nelle aule di giustizia. Così S. SATTÀ, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, pag. 218 e ss. Si ritiene che sia da perorare quella impostazione di pensiero per cui il processo ermeneutico in sede giudiziale prosegue imperterrito in modo incessante. "*Hercules è sempre al*

Il *ius positum* dev'essere letto in stretta connessione con le norme di cultura o *Kulturnormen*¹⁵³.

§ - 2 Il *discrimen* tra dolo eventuale e colpa cosciente alla luce della dottrina delle *Kulturnormen*.

Al lume di quanto precede, la rifioritura del dolo eventuale e la sua applicazione in sede giudiziale dev'essere

lavoro”, per dirla col PALOMBELLA interprete di RONALD DWORKIN, laddove, nell’opera del filosofo americano, *Hercules* impersona la figura del giudice ideale, dotato di “*capacità, cultura, pazienza e ingegno sovrumani*”. RONALD DWORKIN, *Taking rights seriously* (Harvard University Press, 1977), nella citazione che ne fa G. PALOMBELLA in *Filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1996, pag. 331.

¹⁵³ Per quanto concerne le interconnessioni tra norme di cultura e norme morali e sociali è doveroso richiamare quanto già chiarito dal CADOPPI: “*Ci sembra di poter affermare che, nella nostra prospettiva, dire <<norme di cultura>> equivalga tout court a dire <<norme morali>>, poiché facciamo riferimento ad un concetto di morale impostato non su concetti religiosi o <<assoluti >>, <<immutabili>>, quali quelli recepiti dal giusnaturalismo. Ci riferiamo viceversa ad una morale contingente, storica, quale emergente dai giudizi di valore sui comportamenti dell'uomo diffusi nella coscienza sociale. In questo senso - e torneremo sul punto - la morale è quell'<<Insieme di norme, di precetti, di regole di comportamento che, in una determinata società o gruppo sociale, indirizzano la condotta umana al bene, al giusto, all'onesto>>. In una simile prospettiva, le norme morali vengono ovviamente a coincidere con le norme di civiltà. E dunque i valori emergenti da tali norme morali, e dalle stesse protette, combaciano con i valori tutelati dalle norme di civiltà. Ma ciò non è sufficiente per precisare il contenuto del concetto culturale di bene giuridico, poiché anche la <<morale>> non è agevolmente riscontrabile o misurabile mediante semplici osservazioni della realtà. Un decisivo passo avanti può compiersi rilevando che le norme culturali, oltre che coincidere con le norme morali, pure coincidono - nella nostra ottica - con le <<norme sociali>>. Infatti, intesa la morale non come un insieme di precetti assoluti ed immutabili, magari di fonte divina, ma bensì come l'insieme di regole di condotta diffuse nel contesto sociale, è evidente che la norma morale viene a sovrapporsi alla norma sociale, quest'ultima plasmata proprio dalla coscienza collettiva di una certa societas*”. A. CADOPPI, *Il reato omissivo*

letta e concepita in stretta connessione con le norme sociali di civiltà diffuse nella collettività nell'attuale momento storico.

I casi citati *supra* e le condanne a titolo di dolo eventuale sono le inevitabili ipostasi della ricerca della colpevolezza secondo le norme di cultura. Se lo stesso istituto del dolo indiretto - pur vantando un'atavica ascendenza criminalistica - è risorto nella giurisprudenza in conformità alle *Kulturnormen* per dare risposte soddisfacenti al cospetto di una percepita rimproverabilità dolosa che non si riteneva di poter *retribuere* col più mite trattamento sanzionatorio degli equivalenti delitti colposi (sia pure) aggravati dalla previsione dell'evento, allora non deve stupire che il criterio discretivo utilizzato per discernere tale figura dalla colpa cosciente affondi, proprio nelle norme di cultura, le sue radici. In sostanza, alla presenza di nuove fenomenologie di rischio particolarmente allarmanti per i consociati si è ritenuto più conforme alle norme di cultura sussumere nella categoria degli illeciti dolosi fatti di reato nei quali l'intenzionalità dell'agente, pur non essendo “piena e

proprio, I: profili introduttivi e politico-criminali, Cedam, Padova, 1988, pag. 597.

completa”¹⁵⁴, è caratterizzata dall'accettazione del rischio e delle inevitabili conseguenze lesive della propria condotta.

L'individuazione della fonte del *dolus eventualis* nel *ius honorarium* consente di rivalutare anche il criterio distintivo delle forme contigue d'imputazione soggettiva attualmente più in voga¹⁵⁵ alla luce della teoria delle *Kulturnormen*.

Il *discrimen* fondato sulla natura del rischio assunto dall'agente, sia essa intesa nella sua essenza intrinseca, sia valutata in considerazione del contesto sociale (lecito o illecito) in cui incide la condotta del reo, è innegabilmente intriso di opzioni pre-giuridiche che allignano nella morale sociale.

Ma ciò non deve affatto stupire se si considera che il dolo eventuale è istituto tornato in auge nel (solo) diritto vivente e non (ancora) nelle norme poste dal Legislatore. Esso risponde ad un'esigenza emersa ed impostasi nelle norme di cultura. Non si potrebbe mai pretendere una linea di demarcazione formalmente *legale* tra due figure di imputazione

¹⁵⁴ Il richiamo è, *a contrario*, a quanto affermato in merito al dolo intenzionale da A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, Op. Ult. Cit., *ibidem*.

subiettiva delle quali soltanto una, la colpa cosciente, è espressamente disciplinata dal codice penale. Il binomio concettuale dolo eventuale/colpa con previsione presenta *ab initio* sulla bilancia della legalità una netta pendenza verso la colpa con previsione dell'evento. Questo perché il *dolus eventualis* è un “*fantasma*” non dotato di corporeità legale, mentre la colpa cosciente è un concreto istituto dotato di una precisa collocazione sistematica nell'ordinamento penale.

E' evidente, allora, che nell'ottica della legalità la colpa con previsione sia dotata di un peso specifico ben più rilevante del dolo indiretto.

Si ritiene, tuttavia, che in base alla teoria delle *Kulturnormen* anche il *dolus eventualis* possa trovare il proprio spazio nel sistema penale senza causare insanabili discrasie o crisi di legalità.

In proposito, in tema di rapporti tra dolo indiretto, criteri distintivi rispetto alla colpa con previsione dell'evento, legalità e morale sociale, potrebbe (ri)formularsi una versione

rovesciata della classica questione platonica di *Eutifrone*¹⁵⁶: “Il *discrimen* tra dolo eventuale e colpa cosciente basato sulla natura del rischio, sull'agente razionale e sul contesto dell'azione, è legittimo perché conforme al principio di legalità *ex art. 43 cod. pen.*¹⁵⁷ o, piuttosto, dal momento che esso rispecchia le *Kulturnormen* può farsi rientrare nella legalità dell'attuale previsione normativa in tema di dolo?”

Il nodo gordiano assume un'altra fisionomia in base al sistema di riferimento prescelto. Per trovare la propria legittimità nell'ordinamento il dolo indiretto non necessita tanto di un'approvazione formale ed esterna da parte del Legislatore - sebbene, probabilmente, *de iure condendo*, andrebbe salutata positivamente l'introduzione di un preciso

¹⁵⁶ Nell'*Eutifrone* di Platone, nel cuore del dialogo, Socrate chiede al suo interlocutore: “Credi tu, forse, che il santo sia dagli Dei amato, perché è santo; o invece, perché è amato, è santo?”.

¹⁵⁷ L'agente razionale è quello che *illico et immediate*, adottando il punto di vista dell'ordinamento, non avrebbe mai assunto un dato rischio intrinsecamente doloso, rappresentandosi che da esso potesse derivare un epilogo lesivo collaterale non direttamente voluto. Pertanto, se l'agente, consapevolmente, viola quella che sarebbe stata la determinazione dell'*homo eiusdem* - in costanza di rappresentazione delle conseguenze lesive della propria condotta - deve concludersi che egli abbia voluto (*ex art. 43 cod. pen.*) quelle conseguenze.

riferimento normativo in tal senso¹⁵⁸ - quanto di un'adeguata collocazione nelle norme di cultura.

CAPITOLO II

Considerazioni conclusive e prospettive de *lege ferenda*

§ - 1 Il *Dolus eventualis* come categoria residuale.

Al termine della ricerca svolta sul labile confine che delimita le forme contigue di imputazione subiettiva, considerato quanto sia arduo, specialmente nei casi più difficili

¹⁵⁸ Si è riferita già *supra* (cfr. Parte prima, Capitolo I, § 1) l'ipotetica formulazione di un'attenuante del delitto volontario così costruita: “*l'aver, nei delitti dolosi, l'agente cagionato l'evento solo quale conseguenza secondaria di una condotta pericolosa, prevedendo lo stesso evento di reato quale conseguenza possibile della suddetta condotta ed accettando il rischio del suo verificarsi*”.

e delicati¹⁵⁹, discernere tra dolo eventuale e colpa con previsione, e viste le innegabili contaminazioni che promanano dalla morale sociale, deve necessariamente procedersi ad un *rationem reddere*, anche allo scopo di cogliere - si vi sono - i frutti dell'intrapresa *actio finium regundorum*.

Alla luce dell'indagine condotta, se deve ritenersi - attraverso la stella polare delle *Kulturnormen* - che possa ritagliarsi una collocazione all'interno dei legittimi argini del sistema legale per il dolo indiretto, che, quale "dolo minimo", troverebbe il proprio fondamento normativo nell'art. 43 cod. pen., al contempo, valorizzando il congegno che sottende le stesse norme di cultura - le quali dovrebbero operare esclusivamente quale criterio negativo dell'incriminazione e

¹⁵⁹ Nell'ambito di questo lavoro sono stati volutamente presi in esame i casi legati alla circolazione stradale (socialmente molto allarmanti considerato l'alto tasso di sinistrosità omicidiaria che si appalesa un'autentica piaga nel nostro paese) ed al contagio *preveduto* da parte dell'*AIDS carrier*, che s'innesta subdolamente in contesti fortemente connotati sotto il profilo affettivo, nei quali discernere i lineamenti del dolo è impresa assai ardua. E', inoltre, stata esaminata la sentenza ThyssenKrupp perché molto innovativa nella ricognizione del dolo indiretto nel settore delle attività economiche, oltre che molto recente. La pressa nella materia *de quo*, ha peraltro conosciuto altri casi enigmatici come quello di Marta Russo, o come quello del tifoso della SS. Lazio ucciso dall'agente di Polizia Stradale Spaccarotella in una stazione di servizio dell'autostrada, anch'essi rilevanti. Altro fenomeno interessante in relazione all'opera di distinguo che qui interessa è quello del lancio di sassi dal cavalcavia così come quello delle gare automobilistiche contromano in autostrada.

dello stigma della condanna penale - il *dolus eventualis* dev'essere concepito come una categoria residuale.

Emerge chiaramente dal dettato normativo come l'art. 43 cod. pen. non richieda l'*intenzionalità* della condotta ed il dolo, *de lege lata*, consiste nella rappresentazione e nella volontà dell'agente che debbono proiettarsi su tutti gli elementi che compongono il *Tatbestand*. A fronte di tale constatazione, così come deve ammettersi che, anche *de iure condito*, il dolo indiretto possa farsi rientrare nelle maglie del tessuto codicistico in tema di elemento soggettivo, deve, allo stesso tempo, riconoscersi che il *dolus eventualis* sia foriero di una volizione troppo attenuata e che, in definitiva, costituisca una forma troppo debole di dolo per essere applicato senza remore, e a cuor leggero, nella quotidiana prassi giudiziale.

A tale categoria dogmatica, pertanto, gli interpreti, e specialmente gli *iudices*, dovranno far ricorso con parsimonia.

Dopo aver riportato varie pronunce delle Sezioni semplici della Suprema Corte *in subiecta materia* (cfr. *supra* Parte seconda, Capitolo II), si ritiene che un criterio

ermeneutico più universale e maggiormente valido¹⁶⁰ debba, in fine, trarsi dall'insegnamento vergato già nel 1992 dal più alto consesso della Suprema Corte (Cass. Pen., Sezioni Unite, 15 dicembre 1992¹⁶¹). Nella pronuncia da ultimo citata la Corte romana ha ribadito “che il dolo eventuale richiede la volontà dell'evento, sia pure nella forma indiretta; volontà che deve essere dimostrata per mezzo degli elementi di prova impiegati nella ricostruzione del dolo *tout court*”¹⁶².

Ricollegando il principio espresso dalla Cassazione a quanto argomentato *supra*, si evince che l'interprete che si trovi innanzi al dilemma di dover scegliere tra *dolus eventualis* e colpa cosciente, in ossequio al principio di legalità, dovrà *in primis* compiere un'opzione meno circoscritta e decidere, preliminarmente, se il fatto esaminato rientri nella cornice del dolo o in quella della colpa.

¹⁶⁰ Il favore per il precedente delle Sezioni Unite Penali può meglio comprendersi al lume della squisita metafora per cui le raccolte di massime delle sezioni semplici della Corte di Cassazione corrispondono un po' a ciò che sono per i cultori della classicità le *epistulae morales ad Lucilium* di L. A. SENECA, “dove chiunque, è stato detto, può trovare motivo di conforto alle proprie contrapposte passioni”, L. MARINI, *Il valore del precedente nella prassi in Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale* (a cura di GIOVANNI COCCO), Cedam, Padova, 2005, pag. 213.

¹⁶¹ Ric. Cutruzzolà, in *Cass. Pen.*, 1993, pag. 1095.

¹⁶² L'espressione in commento alla sentenza è di G. BRAMANTE, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di dolo eventuale*, in *L'Indice penale*, 1995, pag. 737.

Solo dopo aver compiuto questa scelta di fondo si potrà ripiegare sul dolo eventuale, al cospetto del riscontro di un elemento volontaristico attenuato. L'opacità della volizione potrà far propendere per il dolo indiretto - e, pertanto, per il trattamento sanzionatorio più lieve, contemplato, già *de lege lata*, ex art. 133, I comma n° 3 cod. pen. - purché la fattispecie sia sempre ed innanzitutto riconoscibile come dolosa.

Sulla scorta di quanto precede, anche il criterio discretivo che poggia sulla natura del rischio assunto dal reo, sulla tipologia del contesto iniziale nel quale s'innesta la condotta e sulla percepibilità del pericolo da parte di un agente modello avveduto e razionale (*homo eiusdem*) dovrà essere adottato *cum grano salis*. A prescindere dall'evidente influenza esercitata dalla morale sociale e dalle *Kulturnormen* sulla *Risikotheorie* nonché sulla formula coniata dal CANESTRARI - fondata sulla stessa possibilità di immaginare la figura dell'agente modello, eventualità che verrebbe del tutto a mancare, recisa *a radicibus*, al cospetto dei rischi intrinsecamente dolosi che l'agente accorto ed avveduto non si

sognerebbe mai di intraprendere¹⁶³ -, l'interprete dovrà optare per il dolo indiretto quale *extrema ratio*, per mitigare le conseguenze sanzionatorie del delitto volontario, solo dopo aver eseguito la ricognizione di tutti gli indefettibili elementi del reato doloso *tout court*.

L'illecito doloso in sé non può esser concepito se non nella scomposizione dicotomica che contempla l'elemento rappresentativo e l'elemento volitivo¹⁶⁴.

“L'elemento rappresentativo è costituito dalla concreta previsione della conseguenza ulteriore. Non già, quindi, la semplice prevedibilità, sulla quale fanno leva alcune sentenze di merito (c.d. estensione del dolo eventuale), ma la previsione e, inoltre, la volontà. Volontà e intenzione sono due termini essenziali per la esatta configurazione del dolo *de quo*. Esse costituiscono due cerchi concentrici nei quali l'intenzione (= volontà di realizzare un evento che costituisce il fine dell'azione del soggetto attivo) è il cerchio minore e la volontà il maggiore. La volontà, infatti, oltre alla forma diretta può

¹⁶³ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Cit., pagg. 153 e ss.

¹⁶⁴ *Nihil volitum nisi praecognitum*, come recita una massima d'antica sapienza.

assumere la forma indiretta; indiretta nel senso che non per quel ulteriore evento l'agente ha posto in essere l'azione, ma, essendo tale evento concretamente previsto ed accettato, è voluto, in quanto rientra nella sfera di <<dominio>> del soggetto agente, sfera entro la quale un suo *conatus* volitivo potrebbe escluderla, escludendo così anche la configurabilità del reato doloso”¹⁶⁵.

Si deve, dunque, evitare di concedere al *dolus eventualis* indebite dilatazioni, l'essenza psicologica del dolo non dev'essere ridotta alla mera prevedibilità da ricostruire secondo schemi presuntivi che facciano confondere - come spesso è avvenuto - lo *scivisse* con lo *scire potuisse ac debuisse*, la previsione e la conoscenza effettive con quanto si ritiene fosse conoscibile e prevedibile¹⁶⁶, e che rischiano di far scivolare pericolosamente l'attività interpretativa dei casi dubbi verso forme deduttive, basate su determinati elementi

¹⁶⁵ G. BRAMANTE, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di dolo eventuale*, in *L'Indice penale*, 1995, *ibidem*.

¹⁶⁶ Inferire il dolo dalla mera prevedibilità dovrebbe essere, del resto, impedito dall'aureo canone dell'"*oltre ogni ragionevole dubbio*", *apertis verbis* recepito dal legislatore nell'articolo 533, I comma, cod. proc. pen.; principio che, a ragione, è stato definito: "*pietra angolare di ogni pensabile processo penale che voglia fare seriamente i conti con il principio di non colpevolezza*". G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, pag. 1043.

oggettivi, improntate - in maniera più o meno occulta - al *versari in re illicita*¹⁶⁷.

Pertanto, il ricorso alla forma meno intensa del dolo dovrà essere riservato ai casi in cui possano rinvenirsi, con sicurezza, gli elementi costitutivi del dolo. A seguito della preliminare indagine circa la sussistenza del dolo, in caso di riscontro positivo circa i requisiti della forma di imputazione ordinaria, dovrà optarsi per il dolo eventuale allo scopo di perseguire una mitigazione delle conseguenze sanzionatorie laddove la volizione riscontrata fosse di tipo indiretto.

E ciò anche ove il dolo indiretto fosse ascrivibile al reo che ha agito in contesti di rischio “schermato”, oppure ove la condotta che ha determinato l'evento lesivo collaterale s'innesti in un contesto *ab origine* lecito ed autorizzato.

L'applicazione virtuosa e conforme alle norme di cultura del *dolus eventualis* dovrebbe rifuggire meccanismi

¹⁶⁷ Ciò costituirebbe un inopportuno ritorno al passato, alla dottrina di BARTOLO DA SASSOFERRATO, secondo la quale l'agente "*aut ipse scivit, aut scire debuit*". La *Doctrina Bartoli* era così formulata: "*Si delinquit in plus incidendo in aliam speciem delicti hoc adverte: si quidem delictu, quo principaliter facere proposuerat, tendit ad illum finem, qui secutus est, et tunc inspicimus eventum. Si vero ad hoc non tenebat delictum, quod principaliter facere proposuerat, tunc non tenetur*". F. CORDERO, *Criminalia, Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1986, pag. 276.

automatizzati e presuntivi. Non tutti i casi in cui la condotta iniziale dell'agente è di per sé illecita rivelano il dolo anche rispetto all'epilogo lesivo ulteriore, così come non in tutti gli ambiti di rischio "schermato" è corretto, sol per questo, rifugiarsi in comode sussunzioni della fattispecie nella colpa con previsione. In queste ultime ipotesi, laddove l'elemento volontaristico dovesse apparire eccessivamente assottigliato, l'interprete dovrebbe farsi guidare dalle *Kulturnormen*.

“Solo se la *communis opinio* reputa <<criminosa>> un certo comportamento, tale comportamento può essere definito <<reato>> dal legislatore”¹⁶⁸. Parimenti, il più grave stigma del

¹⁶⁸ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio, I: profili introduttivi e politico-criminali*, Cedam, Padova, 1988, pag. 692. E' d'uopo evidenziare che l'Autore, nell'elaborare la teoria delle *Kulturnormen*, da un lato, quale canone *de lege ferenda*, limita l'intervento e l'efficacia delle norme di cultura in chiave negativa dell'incriminazione; dall'altro, come si coglie letteralmente dal passo citato, il CADOPPI ritiene che naturale destinatario della dottrina delle *Kulturnormen* sia il Legislatore. L'assunto è, del resto, ribadito in un'importantissima pubblicazione più recente dello stesso Autore. Si allude a A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999. Tuttavia, proprio in tale lavoro, da ultimo citato, il CADOPPI sembra indicare che le *Kulturnormen* costituiscano, di fatto, le linee guida degli stessi interpreti della legge penale, atteso che gli *iudices* manifestano la tendenza ad assecondare tali norme sociali di civiltà, adeguando il più possibile, interpretativamente, le *Strafrechtsnormen* alle *Kulturnormen*, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Ristampa con Premessa di aggiornamento, Giappichelli, Torino, 2007, pagg. 146 e 172-173. Si ritiene, allora, che se è vero che i giudici creano diritto penale applicato e coniano *sotto-fattispecie* criminali, questa loro attività (importantissima per l'evoluzione del diritto vivente) non possa essere svolta se non seguendo - quale stella polare di riferimento - le norme di cultura.

delitto doloso potrà essere inflitto dal giudicante soltanto a quei fatti riprovati e ripudiati e, in definitiva, *avvertiti* come *dolosi* dai consociati. Con ciò non s'intende che le norme di cultura debbano essere applicate in funzione punitiva, sull'onda di un'emotività vendicativa che sovente si associa a fenomeni lesivi dipesi da condotte altamente rischiose e pericolose. Sicuramente l'interprete dovrà filtrare il fatto sottoposto al suo esame, *in primis*, col setaccio delle norme giuridiche e della legalità, evitando di esporsi in condanne a titolo di dolo indiretto qualora, nel caso concreto, in costanza di rappresentazione dell'evento lesivo accessorio manchi qualsiasi riscontro probatorio dell'elemento volitivo, tenendo anche a mente che nel binomio concettuale dolo eventuale/colpa cosciente soltanto la seconda forma di imputazione subiettiva costituisce oggetto di specifica previsione legislativa, e che in ossequio al principio di legalità al dolo indiretto dovrebbero essere assegnati una funzione ed un ruolo residuali. Tuttavia, pur con gli accennati distinguo, al cospetto dei fatti socialmente più allarmanti, laddove appaia intollerabile l'assunzione di certi rischi e la creazione di determinati

pericoli da parte del reo, anche il dolo eventuale dovrebbe intervenire a sorreggere la scure della sanzione criminale. Purché ciò avvenga in armonia con i criteri volti ad identificare il dolo *tout court*, ed a patto che non ci si accontenti di un elemento volontaristico eccessivamente stilizzato.

A tali condizioni il riconoscimento della forma di imputazione del *dolus eventualis*, impressa alle condanne in sintonia con il sentire sociale e con le *Kulturnormen*, corroborerebbe la stessa fiducia dei cittadini nella giustizia penale, favorendo le istanze di prevenzione generale¹⁶⁹.

§ - 2 Prospettive *de iure condendo*.

Resta da chiedersi quale sia il futuro del dolo indiretto nelle ipotesi di una *fondazione* del diritto penale a venire. Si

¹⁶⁹ Ciò appare, del resto, pienamente in sintonia con la concezione costituzionale – culturale del bene giuridico quale emerge dall'opera di BRICOLA nonché dalla stessa fondamentale pronuncia n° 364 del 1988 della Corte Costituzionale, che ha messo in evidenza la “*necessità che il diritto penale costituisca davvero la extrema ratio di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di rilievo costituzionale e tali da essere percepite anche in funzione di norme extrapenali di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare*”.

ritiene che il binomio dolo eventuale/colpa con previsione costituisca un *binomio irriducibile*. Neppure le varie aporie che da sempre accompagnano il *dolus eventualis* potrebbero essere definitivamente superate attraverso l'introduzione di una terza forma di responsabilità colpevole plasmata sulla falsariga della *recklessness* anglosassone¹⁷⁰. Né le difficoltà ermeneutiche associate all'anelata scissione di questi *Yin e Yang* del diritto criminale verrebbero del tutto dissipate facendo ricorso ad un'ipotesi di “*deliberata messa in pericolo dell'altrui persona*” informata alla *ratio* del modello francese della *mise en danger délibéré*¹⁷¹. Tale strumento, pur avendo il pregio di applicarsi alle fattispecie più significative sotto il profilo dell'offensività, ed a tutela dei beni giuridici più rilevanti come la vita e l'incolumità delle persone¹⁷², presenterebbe, al contempo, lo svantaggio di non essere suscettibile di generalizzazioni e di

¹⁷⁰ A tale tesi è, invece, ispirato il lavoro della CURI, F. CURI, “*Tertium datur, Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*”, Giuffrè, 2003.

¹⁷¹ A tale espediente ha fatto, invece, anche ricorso, di recente, il Legislatore spagnolo, contemplando il criterio del “*consciente desprecio por la vida de los demás*”. Tale canone è ritenuto preferibile, rispetto all'introduzione di una terza forma di colpevolezza, dal MANNA, A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale*, Op. Cit., pag. 24. L'Autore, peraltro, propone di estendere espressamente l'istituto della *mise en danger* anche all'incolumità fisica.

¹⁷² Il riferimento diretto è al bene giuridico della vita, l'integrità fisica vi può essere fatto rientrare estensivamente.

astrazioni atte a risolvere tutti i casi dubbi emergenti nella prassi¹⁷³.

Tertium non datur.

Inoltre, come acutamente rilevato da autorevoli esponenti della dottrina, non si rivelerebbe affatto feconda la nuda trasposizione nel nostro ordinamento di figure dogmatiche elaborate, calate e destinate ad operare in altri contesti normativi e culturali¹⁷⁴. Basti pensare che la *recklessness* quale “*consapevole assunzione di un rischio irragionevole*” non costituisce nei sistemi di *Common Law* una categoria unitaria, ma si diparte, a sua volta, in una dicotomia che vede contrapposte una *recklessness* oggettiva ad una *recklessness* soggettiva¹⁷⁵. Caratteristica che, *in iure nostro*, secondo la tradizione della dottrina continentale e, in

¹⁷³ Si pensi, ad esempio, ai delitti contro il patrimonio.

¹⁷⁴ In questo senso, per tutti, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Op. Cit., pagg. 313 - 314, nonché ID., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, pag. 940 e ss.

¹⁷⁵ “Proprio l'evoluzione del dibattito sulla natura – oggettiva (*Caldwell/Lawrence type*); soggettiva (*Cunningham type*) – della *recklessness* sembra avvalorare l'idea che l'introduzione di un ulteriore <<livello>> di imputazione della responsabilità penale non determini alcun giovamento, finendo addirittura per rendere più estese le zone d'ombra nell'individuazione della sfera del penalmente illecito in rapporto all'universo del rischio consentito”. S. CANESTRARI, *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, pag. 940.

particolare, di quella italiana, offrirebbe lo spunto ad altrettante, innumerevoli, sciarade dogmatiche, suscitando perplessità ed aporie maggiori di quelle che scaturiscono dalla dicotomia dolo eventuale/colpa con previsione e dall'interminabile ricerca di una loro sicura linea di demarcazione.

Allo stato attuale deve ritenersi più adeguato ripiegare per un intervento normativo meno brusco ed invasivo rispetto al *corpus* codicistico.

Anziché lasciare relegata alla mera dosimetria della pena ex art. 133 I comma n° 3 cod. pen. la definizione sanzionatoria del *dolus eventualis* e, in definitiva, confinare l'espressione normativa della sua diversa e minore *intensità* alla sola opera di commisurazione; parallelamente ed in senso simmetricamente inverso a quanto è avvenuto, *ab imis*, per la colpa cosciente, potrebbe ponderarsi l'introduzione a livello normativo di una circostanza attenuante¹⁷⁶ volta ad alleviare il

¹⁷⁶ L'ipotesi di formulare una circostanza attenuante per dare collocazione nel sistema penale al *dolus eventualis*, già ventilata in passato da M. BOScarelli, *Proposte per una revisione tecnica del I libro del Codice penale*, in VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale - Contributo alla riforma*, Milano, Giuffrè, 1982, pag. 103, non è condivisa dal PROSDOCIMI, per il quale non sarebbe possibile considerare, in assoluto, il dolo indiretto “come

castigo previsto per il delitto doloso e che renda *l'inesprimibile leggerezza* del dolo eventuale.

Come già accennato all'inizio di questo lavoro, la diminuzione in parola potrebbe suonare come segue: *“l'aver, nei delitti dolosi, l'agente cagionato l'evento solo quale conseguenza secondaria di una condotta pericolosa, prevedendo lo stesso evento di reato quale conseguenza possibile della suddetta condotta ed accettando il rischio del suo verificarsi”*.

L'ipotetica summenzionata circostanza attenuante comune, e ad effetto comune, avrebbe il pregio di consentire la modulazione della pena, consentendo al giudice di operare la riduzione sanzionatoria più adeguata nel ventaglio consentito, fino ad un terzo della pena base.

Inoltre, tale soluzione avvicinerrebbe i limiti edittali simmetrici e contrari - l'uno verso l'alto e l'altro verso il basso

forma di dolo minore”, cosa che, del resto, sarebbe poco auspicabile, secondo l'Autore, in un'ottica socialpreveniva. Pertanto, a suo avviso, la suddetta diminuzione dovrebbe rivestire carattere meramente facoltativo. S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Op. Cit., pag. 230. Si è professato contrario all'idea di coniare una circostanza attenuante destinata al dolo eventuale anche il CANESTRARI, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Op. Cit., pag. 322. Non coglie, tuttavia, nel segno la tesi di una supposta non graduabilità del dolo, atteso che il detto elemento subiettivo, già *de lege lata*, è soggetto ad una

- rispettivamente, della colpa aggravata dalla previsione dell'evento e del dolo indiretto attenuato come descritto. Ciò renderebbe meno drastica in termini di divario sanzionatorio l'opzione per l'una o l'altra forma di imputazione subiettiva, consentendo in sede giudiziale soluzioni più equilibrate e meno dettate da compassione o pietismo, derivate simpatetiche dell'ermeneutica giudiziale che appaiono oggi acuite da quelle che sarebbero le troppo rigide conseguenze di un castigo doloso¹⁷⁷. Viceversa, la previsione di un'attenuante sulla falsariga di quella proposta consentirebbe di meglio adattare la pena al rimprovero doloso, esprimendo quella che, *de lege lata*, è divenuta *l'insostenibile leggerezza* del dolo eventuale.

graduazione giudiziale sulla base di un giudizio d'intensità, *ex art.* 133, I comma n° 3 cod. pen.

¹⁷⁷ Anche nei sistemi di *Common Law* è stata evidenziata l'eccessiva indulgenza dei giudicanti nei confronti degli imputati nelle ipotesi di confine tra dolo e colpa, con la conseguente dilatazione delle fattispecie colpose. Ad esempio in merito ai fatti criminosi legati alla circolazione stradale. Lo SPENCER ha evidenziato che uno dei fattori su cui si fonda la discrasia tra teoria e prassi sarebbe di indole psicologica: in sostanza, i giudici sarebbero assai indulgenti nei confronti dell'imputato automobilista - anche nei casi di investimenti dolosi - poiché risentirebbero del diffuso modo di pensare che vede nell'evento lesivo di un incidente stradale, necessariamente, una <<fatalità>>: il *motor-vehicle*, in definitiva, non sarebbe avvertito come *weapon of offence*. J.R. SPENCER, *Motor Vehicles as Weapons of Offence*, in *The Criminal Law Review*, 1985, pag. 29 e ss., così come riportato e commentato da A. CADOPPI e C. PRICOLO, *L'Indice Penale, L'indice delle riviste*, 1986, pagg. 620 - 621.

BIBLIOGRAFIA

ABBADESSA G., Commento a *Cass. Pen. SS. UU.*,
26.11.2009, n. 12433, su <http://www.penalecontemporaneo.it>;

ALIBRANDI A., *Delitto tentato e dolo eventuale*, In *Riv. Pen.*, 1990, pp.1016 ss.;

AMATO G., *Sassi "Killer": contro i lanci dai cavalcavia non servono nuove fattispecie di reato* in *Guida al dir.*, n°5, 1997, pp.124-126;

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, XIV ed., Giuffrè, Milano, 1997;

BETTIOL G., *Diritto penale, parte generale*, XI ed., Cedam, Padova, 1982;

BOScareLLI M., *Proposte per una revisione tecnica del I libro del Codice penale*, in VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale - Contributo alla riforma*, Milano, Giuffrè, 1982;

BOScareLLI M., *Compendio di diritto penale, parte generale*, VIII ed, Milano, 1994;

BRAMANTE G., *Sviluppi giurisprudenziali in tema di dolo*

eventuale, in *L'indice penale*, 1995, fasc. III°, pag. 733;

BRICOLA F., *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960;

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozioni ed aspetti costituzionali*, I, Milano, 1965;

CADOPPI A., (a cura di) *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Omnis definitio in iure periculosa?* Cedam, Padova, 1996;

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio, I: profili introduttivi e politico-criminali*, Cedam, Padova, 1988;

CADOPPI A., *Mens rea*, in *Digesto pen.*, vol.VII°, 1993, p.618;

CADOPPI A., (a cura di) *Verso un codice penale modello per l'Europa – Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, pp.239 e ss.;

CADOPPI A., voce *Mens rea* in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1992, vol. VIII, pag. 618 e ss.;

CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999;

CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale.*

Uno studio sulla dimensione in action della legalità,
Ristampa con Premessa di aggiornamento, Giappichelli,
Torino, 2007;

CADOPPI A., *Introduzione allo studio del valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano*, ne *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, (a cura di Umberto Vincenti), Cedam, Padova, 1998;

CADOPPI A. - VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale, parte generale*, Cedam, Padova, 2002;

CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, Milano, 1999;

CANESTRARI S., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001;

CANESTRARI S., voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig.disc.pen.*, vol.XI°, Torino, 1996, pag. 119;

CICCONE, nota a *Cass. pen. Sez. V, (ud. 17-09-2008) 01-12-2008, n. 44712*, in *Rass. Foro Arianese*, 2009, n. 3, pag. 97;

CICERONE MARCO TULLIO, *Pro Cluentio*, LIII, 145;

CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, vol. I°, Laterza,

Bari, 1990;

CORBETTA S., nota a *Cass. pen. Sez. V*, (ud. 17-09-2008) 01-12-2008, n. 44712, in *Dir. Pen. e Processo*, 2009, n. 3, pag. 308;

CORDERO F., *Criminalia, Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1986, pag. 224;

CORTESE E., *Il rinascimento giuridico medioevale*, Roma, 1992;

CURI F., *Tertium Datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Giuffrè, Milano, 2003;

DE FARIA COSTA J., *Le definizioni legali del dolo e della colpa quali semplificazioni delle norme definitorie del diritto penale*, in AA.VV. a cura di A. CADOPPI, in *Omnis definitio in jure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1996, pag. 268;

DE FRANCESCO G., *Dolo eventuale e colpa cosciente* in, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1988;

DE FRANCESCO G., *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. Pen.*, n°12, 2009;

DE FRANCESCO G., *Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988;

DE FRANCESCO G., *Una categoria di frontiera: il dolo eventuale tra scienza, prassi giudiziaria e politica delle riforme*, in *Dir. Pen e Proc.*, n°11, 2009, pag. 1329 e ss.;

DELITALA G., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Annuario dell'Università Cattolica del Sacro Cuore*, 1932, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol.I°, Giuffrè, Milano, 1976, pag. 443 e pag. 450 ss.;

DEMURO G. P., *Prologomeni storici allo studio del dolo* in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2006, pag. 1410 e ss.;

DI FRESCO, nota a sentenza *Cassazione penale - Sezione quarta - 18 febbraio - 24 marzo 2010, n. 11222*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2010, n. 5, pag. 544, nonché in *Foro It.*, 2010, n.6, 2, 306;

DWORKIN RONALD, *Taking rights seriously* (Harvard University Press, 1977);

DONINI M., nota a sentenza del 26.11.2009, n. 12433 (dep. 30.3.2010), delle Sezioni Unite Penali, in *Cass. Pen.*, 2010, pag. 2555 e ss.;

DONINI M., *Teoria del reato. Un'introduzione*, Cedam, Padova, 1966;

ENGISCH K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930 (rist. Aalen 1964), pag. 233 e ss.;

EUSEBI L., *Il dolo come volontà*, Morcelliana, Brescia, 1993;

EUSEBI L., *Ripensare le modalità di risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo 19 Giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass.Pen.*, n°12-2009, pag. 4938 e ss.;

EUSEBI L., *Appunti sui confini tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000;

EUSEBI L., *Confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000, pag. 1089, in nota n° 102;

EUSEBI L., *Il dolo nel diritto penale*, in *Studium Juris*, n. 10, Cedam, Padova, 2000, pag. 1072 e ss.;

FACCI G., nota a *Cass. pen. Sez. V, (ud. 17-09-2008) 01-12-2008, n. 44712*, in *Resp. Civ.*, 2009, n. 1, pag. 91;

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, III ed., Zanichelli, Bologna, 1995;

FIANDACA G., *Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?* Nota a sentenza G.U.P., Roma del 20 novembre 2008, imp. Lucidi, in *Foro it.*, n°7-8, 2009, pag. 414 e ss.;

FIGIACONI I., nota a sentenza Cass. Pen. SS.UU. 14.02.1996, n°3571, in *Dir. Pen. e Processo*, 1997, 1, pag. 55;

FIGIACONI I. – FIGIACONI S., *Diritto penale, parte generale*, vol. I°, II ed., UTET Giuridica, Milanofiori Assago, 2007;

FORTE G., *Morte come conseguenza di contagio da HIV: profili soggettivi* nota a Corte d'App. Brescia, 26 settembre 2000, in *Foro it.*, 2001, II, pagg. 290 - 313;

FORTE G., *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?* In *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1999, I;

FORTE G., *Dolo eventuale e colpa cosciente, tra divieto d'interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000, III, pag. 820 e ss.;

FORTE G., *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, In *Riv. It. dir. proc. pen.*, vol. II, 2000, pag. 822 e ss.;

GALLO M., *Il dolo, oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952;

GALLO M., voce *Dolo (Dir. Pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, 1964, pag. 801 e s.

GALLO M., *Voce dolo (dir.pen.)*, in *Enciclopedia giuridica Giuffré*, Milano, 1992, pag. 750;

GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Nel Diritto Editore, Roma, 2009;

GRAGNANIELLO G., nota a *Cass. Pen., Sezione IV, n° 13083 del 25 marzo 2009* in “*Cassazione Penale 2009 - Analisi ragionata della giurisprudenza di legittimità*”, Edizioni CieRre, Roma, 2009, a cura di LUIGI LEVITA, pag. 297 e ss.;

GUASTINI R., *La magistratura, sub art. 101 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, (a cura di Branca), Bologna-Roma, 1994;

HASSEMER W., *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, trad. it. In *Archivio Penale* 1982, pag. 48 e ss.;

HERZBERG R. D., *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*, in *Jus*, 1986;

HIRSCH H. J., *Principi, sviluppi e fraintendimenti del “finalismo”* trad. it., a cura di F. VIGANO’, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell’esperienza*

giuspenalistica, Napoli, 2007;

JAKOBS G., *Strafrecht*, Berlin-New York, 1983, pag. 222 e ss.;

KAUFMANN ARM., *Der Dolus eventualis im Deliktsaufbau*, in *ZStW*, 1958, pp.64 ss.;

LACMANN W., *Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, in *ZStW*, 1911;

LICCI G., *Dolo eventuale*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1990;

MAYER MAX ERNST, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, Breslau, 1903;

MANNA A., *Corso di diritto penale, Parte Generale*, vol. I°, Cedam, Padova, 2007;

MANNA A., *Alla ricerca di una terza forma tra dolo e colpa*, in A. CADOPPI, (a cura di) *Verso un codice penale modello per l'Europa – Offensività e colpevolezza*, Cedam, Padova, 2002, pag. 239 e ss.;

MANNA A., *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *L'Indice penale*, n. 1, 2010;

MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, V ed., Cedam, Padova, 2007;

MARINI L., *Il valore del precedente nella prassi in Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale* (a cura di GIOVANNI COCCO), Cedam, Padova, 2005;

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, Milano, 2009;

MARINUCCI G., *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2003;

MARINUCCI G., *Il reato come “azione”. Critica di un dogma*, Milano, 1971, pag.153 e ss.;

MARINUCCI G., *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2002, p.1041;

MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della “imputazione oggettiva dell'evento” e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1991;

MARRONE M., *Istituzioni di Diritto Romano*, 1994, Palumbo, Firenze;

MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Giuffrè, Milano, 1983;

MAZZACUVA N., *L'interpretazione della legge penale (e i reati connessi ad internet)*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale* (a cura di GIOVANNI COCCO), Cedam, Padova, 2005;

MOCCIA S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1979, ristampa, 1988;

MORTATI COSTANTINO, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940;

NICOSIA A., *Contagio da H.I.V. tra marito e moglie, omicidio doloso*, commento a sentenza Trib. Cremona, 14/ottobre/1999, in *Foro it.*, 2000, vol.II°, pag. 348 e ss.;

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, parte generale*, VIII°, Giuffrè, Milano, 2003;

PAGLIARO A., *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (In tema di dolo eventuale, dolus in re ipsa ed errore su legge penale)*, in AA. VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, (a cura di ALFONSO M. STILE), Jovene, Napoli, 1991, pag. 116;

PAGLIARO A., *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*,

1988, p.632.;

PAGLIARO A., *Colpevolezza e responsabilità obiettiva, aspetti di politica criminale ed elaborazione dogmatica*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, pag. 387 e ss.;

PALOMBELLA G., *Filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1996;

PAOLI G., *Il diritto penale italiano – Vol. I*, Cedam, Padova, 1936;

PECORARO ALBANI A., *Il Dolo*, Jovene, Napoli, 1955;

PISANI M., MOLARI A., PERCHINUNNO V., CORSO P., GAITO A., SPANGHER G., *Manuale di procedura penale*, VII ed., Monduzzi, Bologna, 2006;

PEDRAZZI C., *Il tramonto del dolo* in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, p.1266;

PISA, nota a sentenza del 26.11.2009, n. 12433 (dep. 30.3.2010), delle Sezioni Unite Penali, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, pag. 826 e ss.;

PLATANO, nota critica a sentenza della Corte di Assise di Roma, 15 settembre 1999 (meglio nota come sentenza “Marta Russo”) in *Guida al diritto*, dossier mensili, *I grandi processi*, n° 9, ottobre 1999;

POE EDGAR ALLAN, *The Murders in the Rue Morgue*, in *The*

Graham's Lady's and Gentleman's Magazine, Philadelphia, 1841;

PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Giuffrè, Milano, 1993;

PULITANÒ D., in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi, Stella, Zuccalà, 2^aed, Padova, 1992;

PULITANÒ D., *Sui rapporti tra diritto penale e Processo in Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, p.955;

PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, pp.686 e ss.;

PUPPE I., *Der Vorstellungsinhalt des Dolus eventualis*;

RIGO, nota a sentenza Cass. Pen. SS.UU. 14.02.1996, n°3571, in *Cass. Pen.*, 1997, pag. 964;

RENZULLI M., *Stare decisis e diritto penale. Un confronto fra Italia e Spagna, con particolare riferimento al ruolo delle Corti Supreme*, Parma, 2007, tesi di laurea;

RIPONTI, nota a sentenza 26 novembre 2008 - 7 gennaio 2009, n. 2708 del Tribunale di Roma, sul sito: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=45574>;

Rocco A., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol.4°, *Atti della commissione*

ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale, parte 11^a, Verbali delle sedute della commissione, (Libro I del Progetto), Roma, 1929, in pp.131 e ss.;

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, I, Artt. 1 - 84*, Giuffrè, Milano, 1987. pag. 397;

ROMANO M., *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, n°3, 2008, pp.985 a 1003;

SATTA S., *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970;

SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Zanichelli, Bologna, 1990;

SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, pag. 1193;

SIR THOMAS BROWNE, *Hydriotaphia*, 1658;

SPENCER J.R., *Motor Vehicles as Weapons of Offence*, in *The Criminal Law Review*, 1985, pag. 29 e ss., in *L'Indice Penale, L'indice delle riviste*, A. CADOPPI e C. PRICOLO, , 1986, pagg. 620 – 621;

- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2003;
- TAGLIARINI G., *I delitti aggravati dall'evento*, Cedam, Padova, 1979;
- VENEZIANI P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Riv .it. Dir. Proc. Pen.*, 1990, pag. 298 e ss.;
- VENEZIANI P., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium Juris*, 2001;
- VENEZIANI P., *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2000;
- VIGANÒ F., *Fuga "spericolata" in autostrada e incedente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?* Nota a sentenza G.U.P. Tribunale di Milano, 21 aprile 2004, in *Cor. Mer.*, n°1, 2005, pag. 70 e ss.;
- VON BAR L., *Dolus eventualis? In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1889, pp.534 ss.;
- VON BAR L., *Gesets und shuld im strafrecht*, vol.II°, Bd. 2, Berlin 1907, p.274;
- VON BURI M., *Die kausalitat und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885, p.27;

VON FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18. Aufl., Tübingen, 1931, pag. 190;

VON FRANK R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Juristische Fakultät in Giessen FS*, 1907, pp.544 s.;

VON FRANK R., *Vorstellung und Wille in der modernen doluslehre*, in *ZStW*, 1890, pp.169 ss.;

VON HIPPEL R., *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1903, pag. 93;

VON LISZT F., *Die Behandlung des Dolus eventualis im Strafrecht und Strafprozess*, 1898;

VON WEBER, *Ueber die verschiedenen Arten des Dolus*, in *Neues Archiv des Criminalrecht*, Bd. 7, 1825 pp.549 ss.;

WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, XI ed., Berlin, 1969;

ZECCA M., nota a *Cass. Pen. Sez. I, Sent., (ud. 01-02-2011) 15-03-2011, n. 10411, VASILE, su www.penalecontemporaneo.it*.

Giurisprudenza

Cass. Pen., Sez. I, 15.7.1988, n° 6581;

Cass. Pen., Sez. I, 3 agosto 2001, n. 30425,

Cass. Pen., Sez. I, 1 febbraio 2011 n° 10411;

Cass. Pen. Sez. V, (ud. 17-09-2008) 01-12-2008, n. 44712;

Cass. Pen. Sez. IV - 18 febbraio - 24 marzo 2010, n.
11222;

Cass. Pen., Sez. IV, n° 13083 del 25 marzo 2009;

Tribunale di Torino, 15 aprile 2011, depositata in
Cancelleria il 14 novembre 2011 “Thyssen”;

Cass. Pen., Sezioni Unite, 15 dicembre 1992.