

VERSO LA FINE DEL DOLO EVENTUALE? (SALVAGUARDANDO, IN ITINERE, LA FORMULA DI FRANK)*

Luciano Eusebi

ABSTRACT

Muovendo dalla constatazione di come la condotta illecita tenuta nella consapevolezza della sua pericolosità, ma non al fine di cagionare l'evento offensivo che abbia prodotto, ben raramente comporti un rischio *ex ante* elevato di causazione del medesimo e manifesti un atteggiamento psicologico davvero distinguibile dalla colpa cosciente, il contributo argomenta circa la possibilità di un superamento della categoria rappresentata dal dolo eventuale: categoria che, rispondendo a (supposte) esigenze di esemplarità sanzionatoria o all'intento di allargare l'ambito della punibilità di delitti rilevanti solo a titolo di dolo, ha finito per ostacolare forme d'intervento del legislatore maggiormente efficienti dal punto di vista preventivo, riferibili, soprattutto, al controllo delle condotte pericolose. Si evidenzia, peraltro, come, fin quando la nozione di dolo eventuale venga utilizzata, essa esiga l'accertamento di uno stato psicologico effettivo, non sostituibile attraverso giudizi normativi, e come l'unico stato psicologico realmente diverso dalla intenzione e dalla mera consapevolezza del rischio sia quello che viene colto nel dolo diretto e attraverso un'applicazione rigorosa della formula di Frank, della quale si motiva la validità in rapporto ad alcune tradizionali obiezioni critiche.

SOMMARIO

1. Risulta davvero necessaria la categoria del dolo eventuale? – 2. Il contesto comportamentale oggettivo cui è riferita l'applicabilità del dolo eventuale e la differenza strutturale tra la causazione di un evento voluto o non voluto. – 3. L'esiguità dei casi in cui si configura un livello elevato del rischio riferibile *ex ante* alla causazione di un evento non voluto. – 4. I presupposti situazionali di utilizzazione effettiva del dolo eventuale e le relative contraddizioni. – 5. Le perplessità che investono la nozione del dolo eventuale, in rapporto agli stessi presupposti oggettivi in presenza dei quali s'è fatto ad essa ricorso (con alcune indicazioni alternative). – 6. Il sussistere di un unico stato psicologico distinguibile dal dolo intenzionale e dalla colpa cosciente. – 7. L'irrinunciabilità, finché si dia il dolo eventuale, della formula di Frank. – 8. La tenuta della formula di Frank dinnanzi ai suoi critici. – 9. Sintesi

* Il testo riprende alcuni contenuti della relazione svolta al convegno di Perugia del 27 gennaio 2012 sul tema Il mistero del dolo eventuale. Discussione con Franco Coppi.

1.

Risulta davvero necessaria la categoria del dolo eventuale?

Può essere utile muovere – ponendo per qualche momento in disparte, pur senza ignorarlo, il dibattito relativo ai contenuti e all'accertamento dell'istituto in esame – da uno sguardo realistico circa la casistica in cui il ricorso al dolo eventuale viene in discussione: sempre che non si scelga di deflettere a priori rispetto ad alcuni principi cardine di teoria del reato (soprattutto, rispetto alla natura di elemento *soggettivo* propria del dolo), in forza di visioni *prima facie* della prevenzione generale.

Considerare l'ambito applicativo teorico del dolo eventuale, infatti, può fornire elementi per una risposta alla domanda sulla *necessità* di tale «costrutto dogmatico», al di là dello stesso dubbio sollevato di recente da Giovanni Fiandaca circa l'attitudine del medesimo a manifestare una base psicologica sufficientemente affidabile in sede probatoria¹. Giovanni Fiandaca, del resto, ben ricorderà come nell'ambito della Commissione Pisapia avessimo, insieme, tenuto aperta per un paio di sedute l'ipotesi di un superamento esplicito di quella categoria extracodificistica, sebbene poi la Commissione si sia pragmaticamente orientata (piuttosto) a *descriverla*, col proposito di circoscriverne l'incidenza nella prassi.

Una domanda – «abbiamo veramente bisogno del dolo eventuale?» – ora sollevata anche da Massimo Donini, che invero risponde in senso affermativo, ma al fine di contrastare – attraverso un'analisi dei requisiti motivazionali cui attribuisce rilievo (vi ritorneremo) in merito all'utilizzo della formula di Frank – le tendenze diffuse verso un'*oggettivizzazione* normativizzante del dolo²: tendenze le quali, in sostanza, fanno dipendere il sussistere del medesimo, nonostante molteplici varianti, dalle caratteristiche del rischio che la condotta produttiva, *ex post*, dell'evento abbia attivato³.

2.

Il contesto comportamentale oggettivo cui è riferita l'applicabilità del dolo eventuale e la differenza strutturale tra la causazione di un evento voluto o non voluto

Può essere utile, a questo proposito, riflettere preliminarmente su un rilievo se si vuole ovvio, eppure troppo spesso eluso nell'ambito di un sistema che, facendo perno sulla causazione di eventi, tende a svalutare – verrebbe da dire *sempre più*, nonostante il riconoscimento del principio di colpevolezza – il contesto e i fini caratterizzanti l'assunzione delle condotte produttive di tali eventi.

Orbene, il dolo eventuale condivide con la colpa il fatto che le condotte cui si riferisce non sono state prescelte dal soggetto agente, come invece accade in presenza del dolo intenzionale, per il fine di cagionare l'evento. Circostanza dalla quale deriva – nell'ipotesi in cui il soggetto agente sia consapevole della possibilità di determinare con la sua condotta l'evento lesivo (presupposto *comune* al dolo eventuale e alla colpa cosciente) – che il rischio *ex ante* di produzione dell'evento pertinente rispetto alla condotta rischiosa è di regola modesto: posto che solo in situazioni particolari, di cui diremo, si attivano consapevolmente rischi di livello statistico elevato, tanto più quando il bene suscettibile di essere offeso risulti la vita umana (mentre ciò si verifica con maggiore frequenza nel caso di colpa *incosciente*, proprio perché la mancata consapevolezza del rischio può far sì che chi agisce ponga in essere, senza rendersene conto, comportamenti altamente pericolosi).

Quando sussiste il dolo intenzionale, invece, viene normalmente scelta una condotta che, *ex ante*, manifesta un'attitudine elevata alla causazione dell'evento, proprio perché il soggetto agente si propone di produrlo. Senza dubbio l'intento può fallire, e si configurerà il tentativo.

¹ Cfr. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalprevenitivo*, in *questa Rivista*, 1, 2012, p. 161 s.

² Cfr. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *questa Rivista*, 1, 2014.

³ In quanto contribuito alla riflessione, le presenti note si giovano dei molti apporti offerti negli ultimi anni in tema di dolo eventuale dalla dottrina (di cui tiene conto anche sulla base dei testi precedenti sul tema di chi scrive), pur non impegnandosi nella costruzione di un corrispondente apparato bibliografico: apparato del resto assai efficacemente predisposto nelle opere di non pochi colleghi e, da ultimo, nello studio documentatissimo di Massimo Donini cit. *supra*, nota 2.

Ma si tratterà pur sempre di una deviazione – di un'*eccezione* – rispetto a quanto programmato. Mentre nell'ipotesi della mera produzione cosciente di un rischio l'*eccezione* sarà data dal realizzarsi dell'evento offensivo.

Ciò dovrebbe indurre, anzitutto, a considerazioni di fondo circa la strategia preventiva da attuarsi in quest'ultimo contesto. Stante, infatti, l'incidenza limitata di eventi offensivi che fanno seguito alla tenuta di condotte consapevolmente rischiose ma non sorrette dal dolo intenzionale, chi agisce in tal modo farà conto, per lo più, sull'alta probabilità di non cagionare, comunque, l'evento penalmente significativo (si configura una sorta di *cifra oscura* istituzionalizzata). E, *a fortiori*, la pena prevista ove un tale epilogo si determini finisce per colpire il soggetto *più sfortunato* tra molti soggetti egualmente colpevoli, avendo tenuto in circostanze analoghe una condotta del medesimo tipo. Per cui il surplus sanzionatorio rappresentato da quella pena rispetto alle sanzioni eventualmente previste circa la semplice adozione della condotta rischiosa rappresenta un tributo a istanze di esemplarità indipendenti dal rimprovero ascrivibile al soggetto agente. Il realizzarsi dell'evento, una volta tenuta la condotta, risulta estraneo alla sfera di controllo dell'agente o, in altre parole, dipende dal *caso*: così che tale soggetto, attraverso quel surplus sanzionatorio, subisce conseguenze non riferite alla sua colpevolezza, che lo rendono strumento di mere istanze intimidative. Una vera e propria responsabilità oggettiva mascherata⁴.

Ne deriva che la modalità d'intervento giustificabile in rapporto ai principi fondamentali del sistema penale (e tale da manifestare un' idoneità preventiva non solo presunta rispetto al contrasto della causazione di eventi non voluti) è data dal controllo *ab origine* delle condotte rischiose, attraverso strategie diversificate intese a ostacolare la loro adozione e a sanzionarle – specie incidendo con determinazione sugli interessi economici che a esse molto spesso soggiacciono – quando si realizzino: fine per il quale necessita, peraltro, una rilevante diversificazione delle tipologie sanzionatorie penali, in coordinamento col ricorso a illeciti amministrativi.

Senza, tuttavia, che il prodursi dell'evento offensivo debba restare ininfluente: e infatti potrebbe mantenere rilievo – in quanto conseguenza pur sempre prodotta dall'agire antigiuridico di un dato soggetto della quale il medesimo deve farsi carico (come accade nel diritto civile) – sul piano di consistenti oneri riparativi che implicino un impegno personale molto serio di quel soggetto, mai riducibile al risarcimento del danno.

Anche in un caso straordinariamente doloroso come quello inerente alla vicenda degli operai deceduti nello stabilimento Thyssen-Krupp di Torino il problema, dal punto di vista politico-criminale, è dato dall'interrogativo sul perché possa essere così facile, nel nostro paese, non rispettare regole precauzionali doverose e non subire verifiche idonee ad accertarne la violazione, le quali siano in grado di garantire, ove questa sussista, effetti sanzionatori tangibili soprattutto sul piano economico, ingiunzionale e interdittivo. Dato che quelle violazioni non hanno assunto la loro gravità *ex post*, per il prodursi dell'evento, ma sarebbero rimaste egualmente gravi anche nell'ipotesi in cui non ne fosse derivata alcuna conseguenza lesiva.

Un problema, questo, che non può essere eluso, o rimosso, enfatizzando a posteriori la qualifica giuridica dell'illecito correlato al prodursi dell'evento o l'entità della pena detentiva inflitta. Non si tratta di lanciare moniti penalistici simbolici, ma di trarre motivazione da episodi così tragici come quello richiamato per modificare davvero, anche nella prassi dei controlli sugli inadempimenti, la capacità dell'ordinamento giuridico di intervenire in modo serio sia sulla trasgressione diretta delle regole (nella vicenda citata, di natura antinfortunistica), sia sulla trasgressione delle procedure richieste circa il monitoraggio, la rivelazione e il contenimento massimo dei rischi.

3.

L'esiguità dei casi in cui si configura un livello elevato del rischio riferibile *ex ante* alla causazione di un evento non voluto

Ferme queste considerazioni, l'ambito dei rischi statisticamente elevati che vengono prodotti in modo consapevole ma in assenza di dolo intenzionale risulta, come si diceva, circo-

⁴ Cfr. *amplius* EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in AA.Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, II, Jovene, Napoli, 2011, p. 963 ss.

scritto. E tuttavia è proprio nel grado elevato del rischio che i recenti progetti di riforma del codice penale, cercando di definire il dolo eventuale, hanno ravvisato un presupposto necessario per il configurarsi di quest'ultimo. Sulla base, si può ritenere, dell'assunto secondo cui quel grado del rischio costituisca un indizio, sebbene nient'affatto decisivo, del sussistere di un atteggiamento psicologico scindibile (si veda *infra*) da quello proprio della colpa cosciente. L'alto livello statistico del rischio rappresenterebbe, in questo senso, una sorta di requisito garantistico di imputazione oggettiva del dolo eventuale: in un modo non dissimile dalla idoneità della condotta, in rapporto al fine perseguito, nel dolo specifico.

Ma quale sarebbe, allora, la gamma, ristretta, dei casi in cui appare ipotizzabile l'attivazione cosciente, attraverso una certa condotta, di un rischio che abbia alte probabilità di dar luogo a un evento non voluto?

Sostanzialmente, sembrano configurarsi due ipotesi: la prima – quella, per così dire, dell'agente *razionale* – in cui il conseguimento, attraverso la condotta, del fine per cui essa è stata prescelta viene ritenuto da chi agisce *più importante* del costo rappresentato dallo stesso verificarsi dell'evento offensivo, e lo stesso agente è disposto, purché il suo fine si realizzi, a correre (a sua volta) il rischio di dover rispondere penalmente, se scoperto, dell'eventuale risultato non voluto che abbia prodotto; la seconda – quella, per così dire, dell'agente emotivo – in cui la scelta di attivare il rischio elevato di produrre un evento non voluto, con la possibilità di risponderne penalmente, non costituisce l'esito di una ponderazione oggettiva fra il vantaggio perseguito e il danno che potrebbe realizzarsi ovvero di una deliberata svalutazione radicale dei diritti altrui rispetto agli intenti propri, ma si verifica in situazioni convulse, sovente caratterizzate dal tentativo del soggetto agente di sottrarsi a una conseguenza negativa, così che non di rado la condotta posta in essere può risultare pregiudizievole anche per quel soggetto.

Scenari, nel primo caso, molto particolari: le esemplificazioni finiscono per concentrarsi sull'adozione di condotte altamente pericolose con forte motivazione ideologica, come quelle di terrorismo, o riferite (vd. anche *infra*) al bilanciamento tra intento di lucro e probabilità di produrre un danno in ambito economico. Nell'altro caso, pur sempre infrequenti: e tali che, in essi, un'esasperazione sanzionatoria non appare né suscettibile di un surplus di motivazione ad agire diversamente da parte di altri soggetti nel futuro, né correlabile a un livello necessariamente elevato della colpevolezza.

4.

I presupposti situazionali di utilizzazione effettiva del dolo eventuale e le relative contraddizioni

Ciò significa che, in concreto, il ricorso al dolo eventuale ha investito il più delle volte situazioni del tutto diverse, nelle quali non risulta affatto «altamente probabile» *ex ante*, in rapporto alla condotta, che si produca l'evento offensivo: così che s'è punito per dolo eventuale in funzione di giudizi sulla tipologia – sulla maggiore o minore *antisocialità* – del rischio posto in essere, i quali prescindono completamente dall'atteggiamento soggettivo. Dietro la formula (psicologicamente) vuota dell'*accettazione del rischio* – mai è impossibile sostenere, rispetto a chi agisce in colpa cosciente, che accetta di rischiare – si sono sempre celati criteri inerenti al tipo di rischio rappresentato, e ciò nonostante la frequente indisponibilità di stile ad accogliere le c.d. teorie della rappresentazione (ma non più da parte di coloro che teorizzano una nozione normativizzata del dolo). Anzi, si è giunti a punire per dolo eventuale pur in presenza di un livello statistico alquanto modesto del rischio caratterizzante *ex ante* una data condotta, rimuovendo la questione stessa del rischio minimo che sia da ritenersi necessario già ai fini dell'imputazione colposa.

In tal modo, tuttavia, ha trovato largo spazio quell'approccio, sopra richiamato, di tipo esemplare nella risposta penalistica alla causazione di un evento non voluto che funge da ottimo alibi – offrendo una risposta apparente alla domanda sociale di non indifferenza verso accadimenti dolorosi – rispetto all'inadeguata valorizzazione di strategie preventive meno enfatiche ma più efficaci, e segnatamente delle strategie di controllo riferite alle condotte. Mentre nel contempo s'è accettata non soltanto, come segnalavamo, una punibilità (sia nell'*an* che nel *quantum*) ampiamente tributaria del *caso* dinnanzi a medesimi livelli della colpevolezza, ma altresì una *fluidità* del giudizio sull'elemento soggettivo, nel nostro sistema penale, del tutto

incompatibile con il principio di legalità.

Presupposto, infatti, che il concetto di dolo eventuale, una volta accolta tale categoria, non rappresenta una *enclave* accessoria rispetto alla nozione, ordinaria, del dolo intenzionale, ma costituisce la *vera* nozione del dolo, in quanto descrive i requisiti *sufficienti* per il suo sussistere (secondo una differenza di contenuto che può valere, al massimo, in sede di determinazione della pena), si deve considerare, da un lato, che il distinguo tra colpa incosciente e cosciente, attenendo alla sfera cognitiva, implica in sede di accertamento un profilo di generalizzazione il quale finisce per volgere con facilità, quanto al riscontro della colpa cosciente, in senso presuntivo e, dall'altro lato, che il passaggio dalla colpa cosciente al dolo eventuale è potuto avvenire secondo criteri i quali hanno fatto sì che la determinazione giudiziaria nel caso concreto del confine tra le due categorie si configuri, *ex ante*, ben difficilmente prevedibile.

Tutto questo secondo dinamiche che talora nemmeno inducono, ormai, a un approccio critico, essendo recepite come dati incontrovertibili, o se si vuole particolarmente aggiornati, dell'argomentare penalistico. Non a caso chi scrive poteva di recente constatare, essendo membro di una commissione chiamata a valutare i temi di una prova post-laurea inerente all'elemento soggettivo in ambito penale, come nella generalità dei medesimi si affermasse con naturalezza che, in presenza dei c.d. *segnali d'allarme*, l'agente esperto il quale risulti non averne tratto le conseguenze dovute si troverebbe senz'altro in dolo (senza nemmeno porre in evidenza, salvo un paio di casi, che se di dolo si ritenga di poter parlare, ciò è da riferirsi alla forma eventuale).

Peraltro il ricorso al dolo eventuale, come ben si sa, è stato altresì favorito, specie nel diritto penale dell'economia, dal fatto che i delitti non prevedono di regola la responsabilità colposa: per cui la categoria in esame è servita per dilatare l'ambito dell'intervento punitivo con riguardo a situazioni nelle quali manca la prova dello scopo di provocare o di concorrere a provocare, da parte del soggetto agente, l'evento offensivo, sussistendo tuttavia il riscontro di una condotta rilevante sul piano causale, che si assume tenuta nella consapevolezza delle conseguenze possibili.

Si danno, del resto, anche delitti costruiti in modo tale che la loro integrazione appare in concreto ipotizzabile solo a titolo di dolo eventuale: e, anzi, solo sulla base di definizioni talmente late del medesimo da renderlo del tutto indistinguibile rispetto alla colpa. Valga il riferimento all'art. 223, comma secondo, n. 1, della legge fallimentare, che punisce gli amministratori e altri soggetti di vertice i quali, commettendo uno dei reati societari richiamati, abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società, sempre che ne derivi la dichiarazione di fallimento. È ovvio, infatti, come risulti ben raro, in un simile contesto, che quei soggetti abbiano agito con l'intento di mandare in rovina la società, caso il quale, tra l'altro, finirebbe facilmente per rientrare nel n. 2 del comma citato.

Entrambe situazioni, quelle da ultimo considerate, che richiedono strategie politico-criminali tese a rideterminare i contorni e le qualificazioni delle fattispecie punibili: ma che non possono ragionevolmente essere gestite mettendo in conto aree grigie, se non veri e propri *spazi liberi dal diritto*, in tema di motivazione e di prova relativi all'elemento soggettivo.

5.

Le perplessità che investono la nozione del dolo eventuale, in rapporto agli stessi presupposti oggettivi in presenza dei quali s'è fatto ad essa ricorso (con alcune indicazioni alternative)

Dato quanto s'è detto sembra imporsi un interrogativo di fondo: vale davvero la pena mantenere in vita un «costrutto dogmatico» che, già con riguardo al contesto oggettivo della sua utilizzabilità, manifesta i problemi che abbiamo evidenziato?

L'ambito preponderante delle imputazioni per dolo eventuale, riferibile in concreto a giudizi sul tipo di rischio da cui sia derivata la produzione di un evento non voluto, costituisce una deroga di fatto rispetto agli stessi requisiti ufficialmente riconosciuti – a parte i fautori di una normativizzazione radicale dell'elemento soggettivo – come propri della categoria in esame (livello elevato del rischio, riscontrabilità di una componente psicologica diversa da quella propria della colpa cosciente): con gli effetti segnalati di ostacolo, attraverso un modello *simbolico* della prevenzione, nei confronti dell'adozione di strategie intese al contrasto diretto

delle condotte pericolose.

Il che vale anche con riguardo alle situazioni poco sopra richiamate nelle quali il dolo eventuale funge da strumento per estendere o consentire l'applicabilità di determinate fattispecie incriminatrici, secondo valutazioni miranti ad ampliare (o, se si vuole, a non restringere) l'ambito applicativo del diritto penale.

Neppure si vede una vera necessità del punire per dolo eventuale – salvo sempre il suo accertamento sul piano *soggettivo* – quanto l'attivazione consapevole di un rischio di livello elevato non risponde a un calcolo previo, collocandosi piuttosto in contesti di stress psicologico sovente al limite di una non imputabilità sostanziale e, talora, con esposizione dello stesso soggetto agente a un pericolo grave. Né, del resto, la giustificazione potrebbe essere data, in questi casi, dal frequente collocarsi la produzione del rischio in un contesto illecito di base, posto che quest'ultimo – il quale già assicura uno zoccolo sanzionatorio rilevante – non giustifica conclusioni presuntive sulla colpevolezza.

Resta il caso del rischio oggettivamente alto, con riguardo a una certa condotta, e attivato sulla base di una ponderazione lucida. Caso, come si diceva, infrequente: gli esempi finiscono per riguardare, quando si tratti di incolumità personale, l'ipotesi già citata del terrorista il quale persegua, attivando quel rischio, un fine che ritiene irrinunciabile, oppure l'ipotesi del torturatore che sia disposto a esasperare la sua crudeltà pur di avere una *chance* di successo nel proposito di ottenere informazioni. Possono darsi inoltre, fuori dall'ambito di salvaguardia della vita umana, situazioni riferite al diritto penale *lato sensu* economico, che tuttavia appaiono gestibili senza soverchie difficoltà, come si accennava, attraverso alcune rimodulazioni legislative delle fattispecie.

Risulta, tuttavia, quantomeno dubbio se sia opportuno conservare, in funzione delle stesse ipotesi summenzionate attinenti alla tutela della vita, una categoria come quella del dolo eventuale che s'è dimostrata foriera di esiti applicativi ben oltre i loro confini, favorendo il generale stato d'incertezza, finora irrisolto, cui si assiste nella prova dell'elemento soggettivo in materia penale.

Parrebbe, in realtà, più ragionevole che anche ipotesi di quel tipo – ove si ritenga di doverle distinguere rispetto all'approccio penalistico ordinario verso il prodursi colposo di eventi offensivi – siano prese in esame direttamente dal legislatore sul piano della tipicità oggettiva: così da evitare che quel distinguo avvenga, invece, sul piano dell'elemento soggettivo, attraverso una pericolosa e incerta rimodulazione del confine fra dolo e colpa rispetto a quanto descritto dall'art. 43 c.p.

Il che, fra l'altro, contribuirebbe a non oscurare la percezione della differenza di fondo, dalla quale abbiamo preso le mosse, tra i casi in cui la condotta rischiosa sia stata prescelta o non sia stata prescelta per il fine di realizzare l'evento penalmente significativo. Casi che attengono a situazioni *oggettivamente* diverse, le quali richiedono un approccio politico-criminale diverso e che, dunque, non possono essere assimilate nella gestione penalistica sulla base di un'impropria parificazione giocata in rapporto all'elemento soggettivo, vale a dire equiparando al dolo intenzionale l'ambito scivoloso in cui si ritenga di ravvisare il dolo eventuale.

Per quanto siano descritte dal punto di vista della tipicità oggettiva in modo identico, le fattispecie, per esempio, di cui agli art. 575 e 589 c.p. in tema di omicidio doloso o colposo colgono contesti comportamentali *oggettivamente* diversi, e non diversi solo per un diverso manifestarsi dell'elemento soggettivo. Così che la stessa assimilazione al dolo intenzionale di stati soggettivi che siano ricondotti al concetto di dolo eventuale non può rendere irrilevante la suddetta diversità.

6.

Il sussistere di un unico stato psicologico distinguibile dal dolo intenzionale e dalla colpa cosciente

Fermo quanto s'è detto, resta il fatto che il dolo è elemento soggettivo, a meno di una lettura eversiva del sistema non tollerabile ove si voglia mantenere al principio di legalità un minimo, almeno, di incidenza giuridica vincolante.

Fin quando, dunque, alla categoria del dolo eventuale si faccia ricorso nella prassi, essa potrà essere riferita solo a uno stato psicologico effettivo, che sia diverso, oltre che dall'inten-

zione di produrre l'evento, anche dal mero aver agito nella consapevolezza di poterlo produrre: senza che sia attribuibile rilievo, circa l'elemento soggettivo, alle caratteristiche (oggettive) del rischio, come pure a supposti atteggiamenti interiori, rispetto al rischio e all'evento, privi di qualsiasi substrato verificabile (accettazione, consenso, ecc.), che finiscono per celare, secondo quanto già osservavamo, altri criteri di imputazione ovvero si manifestano del tutto irragionevoli (rimandando, per esempio, al maggiore o minore ottimismo/pessimismo del soggetto agente verso il prodursi degli esiti penalmente significativi).

Costituisce già una forzatura, in sé non accettabile, del principio di legalità – e, come si diceva, non è affatto scontato che ve ne sia bisogno – ricostruire il dolo oltre la forma intenzionale positivizzata dall'art. 43 c.p. (a parte il caso, del quale diremo, in cui realmente sussista la condizione del dolo diretto). Ma rappresenterebbe uno stravolgimento radicale di quel principio la *normativizzazione* della responsabilità dolosa.

L'aver prodotto un rischio grave per altre persone o, comunque, per un bene penalmente tutelato – e quando si può davvero escludere, in radice, che produrre rischi rispetto a simili beni costituisca una cosa grave? – non significa aver agito con dolo.

Dei caratteri che assume il rischio si può tener conto, eventualmente, nella formulazione e nell'applicazione delle discipline generali che ordinariamente mirano a contrastare la causazione di eventi non voluti: vale a dire nell'ambito delle norme volte a intervenire, come auspicavamo, sulla tenuta delle condotte pericolose, oppure – nonostante le contraddizioni evidenziate – nell'ambito delle fattispecie colpose. Ma non è accettabile che, a quel medesimo fine, si agisca sul piano dell'elemento soggettivo, vale a dire attraverso ricostruzioni fittizie o presuntive del dolo adottate per finalità – inadeguate – di politica criminale. Senza dubbio, si possono generare rischi fortemente antisociali in modo colposo.

Ci si deve chiedere, pertanto, se *esista* uno stato psicologico diverso sia dalla colpa cosciente (previsione del possibile realizzarsi di un evento offensivo a seguito dell'adozione di una condotta che debba essere evitata), sia dalla intenzionalità (scelta di una tale condotta al fine di realizzare l'evento offensivo). Si tratta di domandarsi, in altre parole, non se possa essere coniata, secondo la creatività dei penalisti, una formula che consenta l'ascrizione di una terza forma dell'imputazione soggettiva, ma se uno stato psicologico di quel tipo davvero vi sia.

Ora, un simile stato psicologico risulta, in effetti, ben noto, ed è quello che emerge nel dolo diretto: condizione in cui un individuo sceglie di perseguire i suoi fini non semplicemente a costo di attivare un rischio (che potrà realizzarsi o meno), ma anche a costo del sicuro prodursi dell'evento offensivo. Costatazione, questa, che nel dolo diretto si manifesta incontrovertibile, dato il sussistere, *ex ante*, della certezza *oltre ogni ragionevole dubbio*, oggettiva e soggettivamente percepita, di un tale esito.

In tal caso la condotta antidoverosa non è prescelta al fine di realizzare l'evento: eppure essa si dimostra non soltanto idonea a produrlo, ma già *ex ante* tale da produrlo *oltre ogni ragionevole dubbio*.

7.

L'irrinunciabilità, finché si dia il dolo eventuale, della formula di Frank

Da tutto questo consegue che, ove si voglia punire a titolo diverso dalla colpa, e quindi per dolo eventuale, la causazione di un evento non voluto il cui prodursi (*ex ante*) *non sia certo*, è necessario riscontrare quel medesimo stato psicologico (l'unico diverso da intenzionalità e colpa cosciente) che è presente nel dolo diretto. Ciò dev'essere provato che il soggetto agente fosse *ex ante* disposto a perseguire i suoi fini pure pagando il prezzo costituito dal prodursi dell'evento offensivo.

Un requisito, questo, accertabile solo verificando se vi siano elementi tali da poter sostenere *oltre ogni ragionevole dubbio* che il soggetto agente, consapevole del fatto di poter causare con la sua condotta l'evento rilevante ai fini penali ma non avendone la certezza, avrebbe agito anche dinnanzi alla certezza. Il che significa accertabile solo attraverso la (prima) formula di Frank: secondo un criterio, pertanto, di natura controfattuale, ma inteso a cogliere una condizione psicologica effettiva (come accade, per esempio, con riguardo alla causalità).

Di tale formula possono certamente evidenziarsi elementi problematici, sebbene questi, lo

si riprenderà tra poco, siano stati talora ingigantiti. Essa, tuttavia, non costituisce una formula *elettiva*, e dunque sostituibile. Rappresenta, infatti, l'unica modalità in grado di rendere praticabile l'accertamento in esame, come tale recepita, significativamente, dalla giurisprudenza della Cassazione con la sentenza delle Sezioni Unite 26 novembre 2009, n. 12433.

Semmai, si tratta di tornare a domandarsi, anche da questo punto di vista, se sia davvero opportuno conservare la categoria del dolo eventuale, stanti i confini oggettivi alquanto ristretti, come precedentemente si evidenziava, in cui essa appare proponibile e i problemi che la sua utilizzazione ha prodotto.

Si consideri, in particolare, come risulti meno probabile la configurabilità dello stato psicologico in discussione via via che si riduce, a sua volta, la probabilità *ex ante* di produzione dell'evento offensivo: il che motiva la delimitazione già richiamata di una possibile condanna per dolo eventuale ai soli casi in cui il livello statistico del rischio riferibile *ex ante* alla condotta che abbia prodotto l'evento sia particolarmente elevato.

Esito, questo, il quale trova ulteriore fondamento ove si osservi che nel dolo diretto la mancanza dell'intenzionalità è compensata dal fatto per cui il prodursi dell'evento emerge, già *ex ante*, come certo (ciò che non è richiesto, già vi si faceva cenno, nel dolo intenzionale): mentre nel dolo eventuale simile elemento di riequilibrio non è presente.

Ci si può chiedere altresì, del resto, se sia ragionevole che una distinzione comunque delicata riferibile all'elemento soggettivo possa produrre conseguenze così importanti come quelle connesse all'alternativa fra dolo eventuale e colpa cosciente, stanti medesimi livelli oggettivi del rischio (elevato) consapevolmente prodotto senza che sussistesse, *ex ante*, la certezza di provocare l'evento successivamente determinatosi.

8.

La tenuta della formula di Frank dinnanzi ai suoi critici

Nonostante il riconoscimento della formula di Frank da parte della Cassazione, il fatto che attraverso di esso possa prodursi, nella prassi, un mutamento significativo in merito alla prova del dolo eventuale non è scontato.

È facile constatare, infatti, come il rimando a tale formula abbia avuto non di rado, negli ultimi anni, i contorni di un ossequio stilistico, al di là del quale hanno continuato a operare i modelli argomentativi tradizionali. Sebbene la Cassazione sia intervenuta per contrastare alcune ricostruzioni radicali, incentrate sulle caratteristiche del rischio e assai poco sensibili all'indagine sull'atteggiamento soggettivo.

Il fatto è che la formula di Frank, se correttamente applicata, impone una razionalizzazione limitatrice del ricorso al dolo eventuale, in contrasto con le tendenze rivolte a modulare l'imputazione soggettiva in base a supposte esigenze di carattere generalpreventivo. E anche per questo, forse, è stata sottoposta a numerose critiche: come se – verrebbe da osservare – lo *status quo* del dolo eventuale ne meritasse di meno.

La critica in sé più suggestiva è quella che vorrebbe delegittimare tale formula proprio sul piano del suo maggior pregio: che è dato dall'attitudine a circoscrivere l'ambito del punibile in tema di dolo eventuale – secondo il ruolo classico assolto dalla colpevolezza nei confronti del fatto tipico – rispetto alla mera considerazioni di dati oggettivi (entità del rischio, produzione dell'evento), come pure dall'attitudine a precisare il contenuto psicologico della categoria in esame rispetto all'estrema vaghezza delle nozioni utilizzate in precedenza per il medesimo fine.

Si dice, infatti, che la formula di Frank finirebbe per aprire, nella sua applicazione, a profili di colpa d'autore. Ma in proposito agisce, probabilmente, il convincimento duro a essere superato secondo cui solo i fatti materiali esistono (è questa la base ideologica, tutt'altro che superata, della responsabilità oggettiva), mentre i dati psichici sarebbero astrazioni fatue: elementi di disturbo (come anche il rilievo dei fini perseguiti dalle condotte) rispetto a una *nitida* gestione generalpreventiva delle sanzioni fondata sulla causazione di eventi, così da dover subire il medesimo stigma di un accertamento delle responsabilità fondata sulla *Gesinnung*. In realtà, risulta sempre possibile che i giudizi penali siano inquinati da elementi estranei alla colpevolezza del fatto: si tratta, semplicemente, di evitarlo.

La prova del dolo, d'altra parte, si fonda sulla descrizione accurata – anche per quanto concerne il dolo eventuale secondo la formula di Frank – del contesto situazionale in cui una certa

condotta è stata tenuta, onde verificare se possano escludersi *oltre ogni ragionevole dubbio* stati psicologici diversi da quello doloso⁵. Il che è tutt'altra cosa rispetto all'introspezione avente per oggetto supposti stati d'animo di maggiore o minore malizia, ovvero rispetto a presunzioni dedotte dalla personalità o dagli stili di vita.

Non si tratta, in tal senso, di soppesare se prevalgano indizi in favore del dolo o in favore della colpa, bensì di verificare se l'ipotesi del dolo sia *l'unica sostenibile*, cioè se non sia ragionevolmente contraddetta da alcun altro fattore. Il dolo, anche se inteso come dolo eventuale, è pur sempre uno stato psicologico, non un giudizio: né riferito al tipo di rischio oggettivamente attivato, né riferito al rimprovero soggettivo. È presupposto necessario perché si dia colpevolezza: ma il giudizio sulla colpevolezza – circa una sua possibile esclusione, nonostante il dolo, e circa il *quantum* – succede al suo accertamento. Ove s'intenda il dolo come un giudizio, sebbene riferito alla colpevolezza con il fine di contrastare (giustamente) le tendenze che lo riconducono a valutazioni sul rischio⁶, si accoglie pur sempre una visione *normativa* del medesimo, la quale per sua natura ben difficilmente, fra l'altro, è in grado di escludere davvero ponderazioni orientate in senso oggettivo.

Non può comunque fuggirsi l'impressione che la critica rivolta alla formula di Frank perché sarebbe in grado di *estendere*, sulla base di riferimenti al tipo d'autore, l'ambito delle imputazioni per dolo eventuale costituisca una sorta di frode delle etichette.

Non a caso, le obiezioni tradizionalmente mosse a quella formula investono la sua capacità delimitativa, proponendo situazioni estreme, o ad effetto, che vorrebbero dimostrare la sua impraticabilità.

E tuttavia non si vede perché mai, ad esempio, non dovrebbe ricadere negli elementi significativi per l'accertamento del dolo eventuale il fatto che vi fosse la sostanziale certezza o l'altissima probabilità, nel caso di realizzazione dell'evento non voluto, di essere arrestati e di subire una dura condanna: diversamente dal caso in cui *ex ante* vi fosse la possibilità significativa di sfuggire alla giustizia (senza ovviamente escludere il rilievo del sussistere, per ipotesi, di obiettivi tali da rendere accettabile agli occhi del soggetto agente perfino la certezza di subire una lunga detenzione).

Né sono risolutivi contro la formula di Frank i casi in cui il concretizzarsi nell'evento del rischio costituisca la frustrazione degli stessi fini per i quali il rischio fu attivato dal soggetto agente: come nell'ipotesi del torturatore che, volendo ottenere informazioni dalla vittima, giunge a provocarne la morte; o nell'esempio antico di colui che scommette di saper colpire, sparando, la bilia di vetro tenuta in mano da una ragazza, con il medesimo risultato. Rispetto a tali situazioni, infatti, si tratterà di domandarsi se sussistono gli elementi per affermare che il soggetto, pur di avere *ex ante* la possibilità di ottenere lo scopo, avrebbe agito anche se avesse provocato la morte.

Piuttosto, va rimarcato che affinché si possa parlare di dolo eventuale deve comunque darsi uno scopo perseguito dalla persona sottoposta a giudizio, in funzione del quale il rischio concretizzatosi nell'evento sia stato prodotto. Situazione, questa, che può non realizzarsi in molti contesti omissivi, sebbene l'omissione sia risultata causale rispetto all'evento. Ne deriva che il dolo eventuale non sarà configurabile, pur quando dovessero sussistere i requisiti della formula di Frank, nei casi in cui il fattore di rischio produttivo dell'evento abbia avuto una fonte autonoma dall'omissione e la responsabilità dell'omittente consista nel non essere intervenuto per contrastarlo.

9.

Sintesi

Vi sono molte ragioni per rinunciare a far uso di una categoria dell'imputazione soggettiva che assimili nella risposta penalistica al dolo intenzionale ipotesi di causazione non voluta, ed *ex ante* non certa, dell'evento offensivo che si asserisca preveduto: dunque, di causazione dell'evento per effetto di condotte le quali non vengono prescelte al fine di cagionarlo e che assai raramente implicano un livello statistico elevato del rischio prodotto. Ciò dovrebbe spingere all'adozione di un sistema preventivo imperniato, quanto ai contesti diversi dal dolo intenzio-

⁵ Si consenta il rinvio EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Morcelliana, Brescia, 1993, p. 107 ss.

⁶ Cfr. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., p. 46 ss.

nale, sul controllo pregresso delle condotte pericolose. Alcune problematiche, del resto, che hanno favorito il ricorso alla figura del dolo eventuale appaiono suscettibili di trovare risposta, ad opera del legislatore, già sul piano della costruzione inerente alla tipicità oggettiva.

Potrebbe essere che, sulla base di questi orientamenti, il prodursi di eventi non voluti a seguito di determinate caratteristiche della condotta pericolosa venga gestito, *de iure condito*, facendo leva sulle entità sanzionatorie applicabili per le fattispecie colpose, talora ormai, come ben si sa, in grado di consentire esiti non molto dissimili da quelli che si raggiungono imputando il dolo. Eppure, non si dovrebbero trascurare le aporie intrinseche delle fattispecie fondate sulla causazione di eventi non voluti, che scontano l'amplissima dipendenza dal *caso* della punibilità rispetto a condotte pericolose analoghe e, pertanto, a medesimi livelli della colpevolezza, ma anche (*a fortiori*) l'incidenza negativa, sul piano della prevenzione, derivante dalla possibilità ordinariamente molto alta di poter contare sul fatto che alla tenuta della condotta non faccia seguito alcun esito offensivo. Costatazione, questa, la quale dovrebbe per l'appunto condurre a privilegiare strategie preventive non solo simboliche, da riferirsi soprattutto al già menzionato controllo efficace delle condotte pericolose, fermi impegni riparativi molto seri nei casi in cui l'evento offensivo si sia verificato.

Fin quando, o in quanto, non ci si muova nella prospettiva descritta, la formula di Frank correttamente applicata appare l'unico criterio in grado di cogliere uno stato psicologico che si differenzi davvero da quello della colpa cosciente e che possa fungere da argine rispetto alle ricostruzioni normativizzanti del dolo riferite, per ragioni di (solo supposta) prevenzione generale, alle caratteristiche oggettive del rischio posto in essere.