

LA RAPPRESENTAZIONE DELL'EVENTO AL CONFINE TRA DOLO E COLPA: UN'INDAGINE SU RISCHIO, RAGIONEVOLE SPERANZA E INDICATORI "SINTOMATICI"

Note sulla motivazione della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp

Simona Raffaele

ABSTRACT

A fronte dell'aumento esponenziale delle aree di rischio, in cui da un'attività lecita, possono derivare eventi lesivi penalmente rilevanti, le tradizionali categorie della volontà, quali componenti fondanti un'imputazione a titolo di dolo, si dimostrano spesso incapaci di abbracciare i tratti salienti dell'elemento psicologico presente in siffatte ipotesi. Né d'altronde appare sempre soddisfacente un'imputazione che scivoli tout court nell'alveo della colpa, sia pure aggravata dalla previsione dell'evento. L'impatto delle varie soluzioni proposte con la prassi giurisprudenziale si è spesso rivelato macchinoso. Una eloquente esemplificazione della problematica riguarda il caso Thyssen, nell'ambito del quale lo stesso fatto è stato valutato dall'angolo prospettico dei due distinti elementi psicologici, in base a parametri di tipo soggettivo-ipotetico. Ciò dimostra la natura cruciale della questione e, forse, la sua irrisolvibilità: sostanzialmente equipollente sul piano della colpevolezza, il disvalore duale di dolo eventuale e colpa cosciente sfugge spesso già sul piano della tipicità. In contesto così ambiguo, s'impone una scelta: o – in linea con la giurisprudenza prevalente – si rimarca la necessità di distinguere le due forme di elemento soggettivo denotando l'indagine sul coefficiente psicologico di appigli esterni o si rinuncia definitivamente a cercarla approdando a un *tertium genus* di responsabilità colpevole.

SOMMARIO

1. La sentenza della Corte d'Assise di Torino. – 2. Le motivazioni della Corte d'Assise d'Appello di Torino. – 3. La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. – 4. Le teorie volitive: dal consenso all'accettazione del rischio. – 5. Cenni al concetto di rischio inteso come oggetto del dolo nella dottrina tedesca. – 6. Una ricostruzione del dolo eventuale strutturata su tre livelli: rischio doloso non consentito, rappresentazione e volontà. – 7. Una rilettura delle ipotesi di confine tra dolo e colpa alla luce del diverso disvalore di azione sotteso alle due specie di elemento psicologico. – 8. Gli indicatori del dolo eventuale proposti dalle Sezioni Unite: rilievi conclusivi.

1.

La sentenza della Corte d'Assise di Torino.

Durante la notte tra il 5 e il 6 dicembre 2007 negli stabilimenti torinesi della Thyssenkrupp è scoppiato un incendio a causa del quale sette operai sono morti con gravissime ustioni. La Corte d'Assise di Torino, con la sentenza del 15 aprile 2011, ha condannato l'amministratore delegato della società per i delitti di omicidio *volontario* plurimo, incendio *doloso* e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro aggravata dall'evento. Per lo stesso fatto, a titolo di omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, incendio *colposo* e omicidio *colposo* plurimo, sono stati condannati anche cinque *managers*¹.

La Corte d'Assise di Torino ha scelto il *dolo eventuale* quale criterio d'imputazione soggettiva della responsabilità in capo all'amministratore delegato della società². In particolare, ai fini della ricostruzione dell'elemento psicologico, la Corte ha confermato l'orientamento dalla Corte di Cassazione sui casi di incidenti mortali cagionati da guida sconsiderata³.

La condanna dell'amministratore delegato della *ThyssenKrupp* trova origine in una condotta assai articolata, caratterizzata da profili attivi e omissivi ora riconducibili alla responsabilità colposa, ora a quella dolosa. La condotta criminosa è incentrata sulla omessa adozione di misure tecniche, organizzative, procedurali, di prevenzione e protezione contro gli incendi in una linea di produzione particolarmente pericolosa da parte dei membri del c.d. *Board*, vale a dire il comitato esecutivo del Consiglio di Amministrazione, che, in quanto tali, rivestivano una specifica posizione di garanzia. In particolare, la Corte individua il presupposto dell'imputazione a titolo doloso nel contesto di rappresentazione della *concreta possibilità* del verificarsi di infortuni (anche mortali) sulla linea dello stabilimento di Torino in cui è divampato il rogo, dedotta da una serie di *indicatori*, per lo più consistenti in precedenti della condotta.

Già la diversità del titolo soggettivo di responsabilità affermato dalla Corte d'Assise in capo, rispettivamente, all'amministratore delegato di ThyssenKrupp (*dolo eventuale*) e agli altri imputati, amministratori e dirigenti dell'impresa (*colpa cosciente*), ha indotto perplessità di non poco momento sul canone d'imputazione soggettiva, in particolare, del dolo eventuale (e sul suo reale ambito di operatività). Dalle motivazioni della sentenza, infatti, emerge con tutta evidenza la prevalenza della componente rappresentativa dell'elemento psicologico riconosciuto in capo all'amministratore delegato, in grado quasi di bilanciare la debolezza del momento volitivo⁴.

¹ Proprio in relazione all'omicidio colposo plurimo, commesso in violazione dell'art. 4 d. lgs. n. 626/1994 (che obbligava il datore di lavoro alla valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori ed alla redazione del relativo documento), la Corte ha anche riconosciuto la responsabilità da reato della Thyssen. Con particolare riferimento alla responsabilità della Thyssen Krupp Acciai Terni s. p. a. ex art. 25-septies d.lgs. 231/2001 v. [M. L. MINNELLA, D.lgs. n. 231 del 2001 e reati colposi nel caso ThyssenKrupp, Sulla responsabilità dell'ente per gli omicidi colposi con violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro, in questa Rivista, 10 dicembre 2011](#); [S. ZIRULIA, ThyssenKrupp, fu omicidio volontario: le motivazioni della Corte d'Assise, in Dir. pen. cont., 18 novembre 2011](#). Con riferimento alla sentenza del Giudice dell'Udienza preliminare presso il Tribunale di Cagliari, 4 luglio 2001, Giud. Altieri, si veda il contributo di [D. LOY, In tema di responsabilità dell'ente e reati colposi d'evento \(art. 25-septies d.lgs. n. 231/2001\), in Dir. pen. cont., 11 novembre 2011](#).

² Sul punto: cfr. R. BELFIORE, *La responsabilità del datore di lavoro e dell'impresa per infortuni sul lavoro: i profili di colpevolezza*, in *Arch. pen.*, 2011, 5 ss.; G. P. DEMURO, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2012, 142 ss.; G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2012, 152 ss.

³ Cfr., Cass. 24 luglio 2008, Dell'Avvocato, in *Riv. pen.*, 2009, 171 ss., Id., in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Omicidio*, n. 13; Cass., 1 febbraio 2011, Ignatiuc, in *Foro it.*, 2011, II, 533 (fattispecie relativa al conducente di un furgone rubato che si dava alla fuga per sfuggire ad un controllo di polizia e, attraversando ad alta velocità alcuni incroci con semaforo rosso siti nella zona centrale di una grande città, investiva una autovettura provocando la morte di uno dei passeggeri), con nota di F. P. DI FRESCO, *Incidente mortale causato da una condotta di guida sconsiderata: dolo eventuale o colpa cosciente? La Cassazione risolve la prima formula di Frank. Contra*, da ultimo, [Tribunale di Milano, 12 aprile 2012, Levacovich, in Dir. pen. cont., 18 maggio 2012, con nota di A. AIMI, Escluso il dolo eventuale in relazione ad incidente automobilistico cagionato da un soggetto in fuga dalla Polizia](#).

⁴ Così G. P. DEMURO, *op. loc. ult. cit.*, il quale mette in evidenza e sintetizza gli indicatori, rispettivamente, del momento rappresentativo e del momento volitivo del dolo, ritenuti e valutati nella sentenza in oggetto. Così, tra i primi si annoverano: «a) un precedente incendio in uno stabilimento tedesco (...); b) le conseguenti misure prese in quello stabilimento per la riduzione del rischio; c) la valutazione del rischio di incendio da parte delle compagnie di assicurazione (...); d) la previsione, sempre in seguito a questo fatto, della ThyssenKrupp in Germania di appositi investimenti per la sicurezza antincendio in impianti analoghi a quello di Torino; e) una relazione del consulente tecnico della compagnia che assicuratrice che raccomanda alla ThyssenKrupp l'installazione di un sistema di protezione antincendio automatico; f) una richiesta di autorizzazione agli investimenti per i lavori di prevenzione incendi di poco precedente al fatto [nel quale si sottolinea la non conformità della linea produttiva di Torino alle prescrizioni dell'assicurazione, oltre che del comando provinciale dei vigili del fuoco]». Nel novero dei secondi, invece, si ravvisano i poteri decisionali dell'amministratore delegato, la sua particolare competenza nella materia della sicurezza sui luoghi di lavoro e la specifica delega a lui conferita in materia di sicurezza e prevenzione incendi negli stabilimenti di Torino e Terni.

Ancora una volta la giurisprudenza, per affermare la sussistenza del dolo eventuale, si avvale del criterio dell'*accettazione del rischio*⁵, riscontrato sulla base di specifiche caratteristiche dell'autore, quali, nel caso di specie, i poteri decisionali inerenti alla posizione apicale, la competenza e la delega in materia di sicurezza sul lavoro e prevenzione incendi negli stabilimenti di Torino e Terni⁶.

A questo proposito, la Corte d'Assise di Torino riprende esplicitamente l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione nella motivazione della sentenza n. 10411/11⁷, laddove ha affermato che «poiché la rappresentazione dell'intero fatto tipico come probabile o possibile è presente sia nel dolo eventuale che nella colpa cosciente, il criterio distintivo deve essere ricercato sul piano della *volizione*». Così «mentre (...) nel dolo eventuale occorre che la realizzazione del fatto sia accettata psicologicamente dal soggetto, nel senso che egli avrebbe agito anche se avesse avuto la certezza del verificarsi del fatto, nella colpa con previsione la rappresentazione certa del determinarsi del fatto avrebbe trattenuto l'agente». La Suprema Corte aggiunge che «nel dolo eventuale il rischio deve essere accettato a seguito di una deliberazione con la quale l'agente subordina consapevolmente un determinato bene ad un altro». In altri termini, «l'autore del reato, che si prospetta chiaramente il fine da raggiungere e coglie la correlazione che può sussistere tra il soddisfacimento dell'interesse perseguito e il sacrificio di un bene diverso, effettua in via preventiva una *valutazione comparata tra tutti gli interessi in gioco – il suo e quello altrui – e attribuisce prevalenza ad uno di essi*». Da qui la conclusione secondo cui, ai fini del dolo eventuale, non è sufficiente la previsione della concreta possibilità di verificazione dell'evento lesivo, «*ma è indispensabile l'accettazione, sia pure in forma eventuale, del danno che costituisce il prezzo (eventuale) da pagare per il conseguimento di un determinato risultato*»⁸.

Alla stregua della pronuncia di legittimità sopra citata, anche la Corte d'Assise di Torino si avvale della (ormai) tradizionale teoria dell'accettazione del rischio, combinata con la c.d. prima formula di Frank⁹, della quale fa applicazione pur non affermandolo in maniera esplicita¹⁰.

I giudici di Torino, nondimeno, hanno ritenuto doveroso sottolineare che l'amministratore delegato, *così come* gli altri imputati nel processo *de quo*, intimamente, nutrivano «la *speranza* che nulla accadesse»; tuttavia, «la speranza, perché il soggetto escluda dentro di sé la concreta possibilità del verificarsi dell'evento previsto (...) deve essere caratterizzata dalla "ragionevolezza"; non essere quindi solo un moto dell'animo paragonato all'auspicio, bensì (...) nella ragionevole speranza di poterlo evitare [l'evento] per abilità personale o per intervento di altri fattori»¹¹.

La sentenza della Corte d'Assise di Torino si colloca sulla stessa linea della giurisprudenza di legittimità chiamata a pronunciarsi sull'annosa questione della compatibilità tra il requisito psicologico del dolo eventuale e il delitto di ricettazione¹². Quel che distingue la sentenza in commento è, però, il tipo di fattispecie concreta da cui prende le mosse, ossia un mortale incidente sul lavoro: in questa materia, infatti, non si riscontrano precedenti analoghi editi.

La scelta di qualificare l'atteggiamento psicologico del datore di lavoro in termini di dolo

⁵ Cfr., tra gli altri, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Sub Art. 43/27 ss., Milano, 443 s.

⁶ A parere dell'organo giudicante, tra gli altri fattori espressivi della dimensione volitiva dell'elemento psicologico riconosciuto in capo all'amministratore delegato, rileva la circostanza che egli abbia ritenuto di delegare la materia antinfortunistica ed antincendio interamente ai suoi collaboratori di Torino, privi di ogni potere decisionale e di spesa autonoma.

⁷ Cass. pen., 1 febbraio 2011, n. 10411, in *Riv. pen.*, 2011, 10, 1028; ID., in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2011, 7-8, 572.

⁸ La scelta del corsivo nei passi della sentenza citata è di chi scrive.

⁹ G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit. 152 ss., il quale riscontra nelle parole della Corte d'Assise di Torino, quale parametro distintivo tra dolo eventuale e colpa cosciente, il criterio «economico» sostenuto in dottrina, in particolare, da S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Milano, 1993, 31 ss.

¹⁰ Le due condotte in cui la Corte riscontra l'elemento volitivo sono, specificamente, da un lato, la decisione di posticipare dal 2006/2007 al 2007/2008 gli investimenti antincendio per lo stabilimento di Torino, pur essendone già in programma la chiusura; dall'altro, la decisione di posticipare l'adeguamento della linea APL 5 di Torino alle indicazioni tecniche dell'assicurazione, dei vigili del fuoco e del WGS (gruppo di lavoro acciaio inossidabile), a epoca successiva al suo trasferimento da Torino a Terni. Tutto ciò, nonostante la suddetta linea fosse in piena attività e gli operai continuassero a lavorare in quello stabilimento ridotto in condizioni di abbandono.

¹¹ La Corte d'Assise di Torino, nel caso di specie, non riesce a ravvisare, in capo all'amministratore delegato, alcun fattore in grado di sostenere la "ragionevole speranza" che nessun incendio, nessun infortunio, tanto meno mortale, sarebbe potuto accadere nello stabilimento di Torino; al contrario, ritiene che, soprattutto sulla Linea 5, dopo l'incendio di Krefeld, in assenza delle opportune misure di prevenzione e protezione, che si è omesso di predisporre nonostante la conoscenza delle condizioni di lavoro di Torino ed livello di professionalità ed esperienza che l'imputato vanta in queste materie, una tale speranza non potesse in alcun modo essere nutrita.

¹² Cfr. Cass., 26 novembre 2009, in *Foro it.*, 2010, II, 319, annotata, in particolare, da M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, 2548 ss.; nonché G.P. DEMURO, *Il dolo, II, L'accertamento*, Milano, 2010, 510 ss.

eventuale ha suscitato condivisibili considerazioni critiche fin dalla contestazione dell'accusa da parte del pubblico ministero, soprattutto in ragione del paventato «rischio che il carattere pur macroscopico della colpa – in termini di elevata probabilità – venga surrettiziamente strumentalizzato in sede giudiziale per giustificare lo svuotamento del contenuto psicologico del dolo eventuale e la sua deriva verso un modello puramente normativo¹³».

La circostanza eloquente che nel caso Thyssen lo stesso fatto sia stato valutato dall'angolo prospettico dei due distinti elementi psicologici, in base a parametri di tipo soggettivo-ipotetico, dimostra la natura cruciale della questione e, forse, la sua irrisolvibilità: sostanzialmente equipollente sul piano della colpevolezza, il disvalore “duale” di dolo eventuale e colpa cosciente sfugge spesso anche sul piano della tipicità.

2.

Le motivazioni della Corte d'Assise d'Appello di Torino.

La Corte d'Assise d'Appello di Torino si esprime in parziale riforma della sentenza dei primi giudici, poiché non ne condivide alcuni passaggi argomentativi valutati contrastanti con gli elementi fattuali dell'istruttoria. Su questa linea, la Corte d'Appello di Torino valorizza una differente nozione di dolo eventuale, filtrata dalla formula dell'accettazione del rischio: è ritenuto responsabile del delitto doloso «non solo chi dirige intenzionalmente la propria condotta alla produzione dell'evento ma anche chi accetta consapevolmente il rischio che esso si verifichi come conseguenza del proprio comportamento, e ciò persino se tale evento non sia da lui desiderato o risulti indifferente rispetto ai suoi interessi¹⁴».

La sentenza richiama il dato normativo fornito dal codice penale, che, all'art. 61 n. 3 c.p., configura la colpa cosciente ogniqualvolta l'agente abbia agito *nonostante* la previsione dell'evento (che tuttavia non è stato voluto)¹⁵. Da qui in avanti la ricerca della distinzione tra le due forme di imputazione soggettiva si appunta sulla *volizione* e non sulla *previsione*. La mera *previsione*, infatti, non è sufficiente a configurare il dolo eventuale; essa costituisce «solo uno degli strumenti offerti al giudice per accertare la sussistenza della volizione dell'agente e non una caratteristica essenziale¹⁶».

Da queste affermazioni emerge la tendenza a confondere (e/o sovrapporre) l'indagine sugli elementi essenziali del dolo con il loro accertamento.

La Corte d'Appello finisce per incentrare il proprio giudizio sulla dibattuta prima formula di Frank, valutando che solo il ricorso ad un siffatto giudizio ipotetico sia in grado di consentire al giudice di individuare l'effettiva aliquota volitiva dell'agente. In questo modo, la Corte sposa l'orientamento sostenuto da quella parte della dottrina che, considerando la nozione codicistica di *volontà* esattamente coincidente con quella di *intenzione*, ravvisa nell'art. 43 c.p. il solo dolo intenzionale e ritiene che il dolo eventuale sia, invece, una mera estensione normativa del concetto di dolo; da qui, l'idoneità della formula di Frank a delinearne i confini¹⁷. In

¹³ Così G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit. 152 ss., il quale, a questo proposito, riprende il pensiero di F. SGUBBI, *La colpa in organizzazione*, relazione al Convegno di Rimini su “*Etica d'impresa e responsabilità degli enti*”, 23-24 ottobre 2009, atti in corso di stampa. V., altresì, M. RONCO, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 1198, il quale sottolinea che «se si toglie dal dolo la dimensione noetico/etica della “decisione” contro il bene protetto dalla legge, fondata sulla libertà morale, non vi è ragione di dubitare che, nella grandissima parte dei casi, sussiste il dolo, allorché l'agente abbia agito con la rappresentazione della possibilità dell'evento, in base a un impulso volontario». In altri termini, l'Autore evidenzia che è insito nella struttura stessa del dolo eventuale un vero e proprio automatismo in ordine al suo accertamento, automatismo che finisce con il tradursi in una autentica «*preasumptio doli*» che, semplificando l'accertamento, «si risolve nel rovesciamento della massima *in dubio pro reo*».

¹⁴ Corte d'Assise d'Appello di Torino, 28 febbraio 2013, 218.

¹⁵ Le motivazioni della sentenza in parola, a questo proposito, rinviano ai lavori preparatori del codice penale, laddove si rintraccia la conferma alla prevalenza accordata alla teoria della volontà: «circa il dolo, tra le due teorie dominanti, della previsione dell'evento (teoria della rappresentazione) e della volontà, si è scelta quest'ultima, come del resto fa l'art. 45 del Codice penale del 1889. Dolo si ha quando l'evento, non solo è stato preveduto, ma è stato voluto. Non basta che io mi sia rappresentato un danno, come conseguenza della mia azione, per essere dolo; ma quell'evento me lo sono dovuto proporre, come scopo della mia azione. Sono in dolo se la mia volontà tendeva allo scopo di produrre quel danno, ma se non ho voluto produrre quel danno, benché lo abbia preveduto, ciò non basta per essere in dolo». E ancora «dice il commissario Marciano, che allora vi è dolo indiretto e dice il commissario Ferri che vi è dolo eventuale. Ma cosa sono queste distinzioni del dolo? Esse sono finite nel nulla: o l'evento dannoso è voluto, e c'è il dolo; o non è voluto, e non c'è il 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, abbiamo la colpa» (Corte d'Assise d'Appello di Torino, cit., nt. 777).

¹⁶ Corte d'Assise d'Appello di Torino, cit., 299.

¹⁷ G. DI BIASE, *Thyssenkrupp: verso la resa dei conti tra due opposte concezioni del dolo eventuale?*, nota a Corte d'Assise d'Appello di Torino, 28 febbraio 2013, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 24-25.

altri termini, l'affermazione secondo cui il dolo eventuale consiste nell'accettazione del rischio della verificazione dell'evento andrebbe letta attraverso il filtro della verifica ipotetica¹⁸.

Accanto alla formula di Frank, però, la Corte d'Appello pone il criterio c.d. "economico", evidenziando un aspetto forse sottovalutato dai giudici di primo grado: l'evento concreto non rappresenta il prezzo da pagare per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito ma, al contrario, una conseguenza che lo annulla e soverchia totalmente.

Su questa linea, si giunge alla conclusione che l'amministratore delegato della Thyssen-Krupp – e come lui anche gli altri imputati – hanno *previsto* la possibile verificazione degli eventi dannosi, ma hanno *sperato* di saperli evitare.

A questo proposito, i giudici d'Appello si soffermano sul concetto di *ragionevole speranza* adoperato dal giudice di prime cure, il quale ha ritenuto *non ragionevole* la *speranza* nella capacità di riuscire a tamponare, con le scarse risorse rimaste a disposizione, la situazione ormai compromessa sul piano della sicurezza; viceversa, ha valutato *ragionevole* la *speranza* degli altri imputati che confidavano sui poteri direttivi dell'amministratore delegato.

Il giudice di Appello ritiene un simile ragionamento intrinsecamente contraddittorio, poiché non si riscontra alcuna modalità con cui l'amministratore delegato avrebbe potuto impedire il degenerare della situazione e predisponendo, da solo ed efficacemente, protezioni adeguate.

La Corte d'Appello passa in rassegna la posizione dei singoli imputati, pienamente consapevoli che la decisione adottata nel *Board* fosse quella di slittare l'utilizzo dei fondi straordinari per la messa in sicurezza degli stabilimenti ad un tempo successivo al trasferimento nello stabilimento di Terni, nonostante si fosse deciso di far continuare la produzione. Nello stabilimento gli incendi erano all'ordine del giorno e gli operai erano stati in grado, almeno fino alla notte del 5 dicembre 2011, di dominare le fiamme, seppur con mezzi inadeguati e pericolosi. Era proprio su questa prassi che l'amministratore delegato e gli altri imputati confidavano ritenendo di riuscire ad evitare incendi disastrosi.

È evidente l'imprudenza di un simile ragionamento poiché nulla era stato fatto per rimuovere il pericolo e la speranza aveva ad oggetto l'intervento del tutto inadeguato degli addetti alla produzione; i focolai in prossimità della rete dei flessibili idraulici erano assai ricorrenti e ciò rendeva verosimile la verificazione di fenomeni di *flash fire*.

Si definisce imprudente «l'atto o il comportamento palesemente contrastante con le norme di sicurezza dettate dalla ragione o dall'esperienza»; così si può adeguatamente definire l'atteggiamento soggettivo di tutti gli imputati che hanno sostituito la propria valutazione dei rischi a quella che avrebbero dovuto assumere secondo l'obbligo di diligenza.

È evidente la critica alla differenziazione sul piano dell'imputazione soggettiva operata dal giudice di prime cure che ha configurato il dolo eventuale in capo al solo amministratore delegato e la colpa cosciente degli altri imputati. La Corte d'Appello ritiene che abbiano nutrito tutti la medesima speranza e che, pertanto, il rimprovero penale da muovere sia il medesimo: «il ragionamento effettuato dalla prima Corte mostra degli evidenti profili di intrinseca contraddittorietà rispetto agli altri imputati: in che maniera la diversa posizione nella gerarchia decisionale avuta da ciascuno avrebbe differenziato, rispetto a Espenhahn, la loro convinzione che gli eventi non si sarebbero verificati, permettendo di ritenerla ragionevole?».

È singolare che le due pronunce, pur pervenendo a conclusioni differenti, utilizzino entrambe come battistrada la sentenza delle Sezioni Unite n. 10411/2011¹⁹, che si segnala per aver fatto ricorso al criterio dell'accettazione del rischio congiuntamente ad altri due criteri: il giudizio ipotetico sotteso alla prima formula di Frank ed il c.d. criterio economicistico o del bilanciamento. Questi criteri sono di norma tra loro contrastanti, dal momento che uno opera sul piano ipotetico e l'altro, invece, rimane ben saldo alla dimensione reale. Si può riscontrare una loro coincidenza nei soli casi in cui il bilanciamento tra lo scopo primario perseguito dall'agente e l'evento collaterale accettato come prezzo venga risolto allo stesso modo, anche qualora l'agente sia certo che il fatto di reato si verificherà. È il caso del rapinatore di banca che, perseguendo lo scopo primario di fuggire alla cattura da parte delle forze dell'ordine, si prefiguri e accetti la morte della guardia giurata; in tal caso, l'interesse perseguito ed il danno

¹⁸ Corte d'Assise d'Appello di Torino, cit., 301. In dottrina, sull'orientamento in parola, v. L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, 37, 44, 77, 175; ID., *Verso la fine del dolo eventuale? (Salvaguardando in itinere la formula di Frank)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2014, 118 ss.

¹⁹ Cass. pen., 1 febbraio 2011, n. 10411, cit., *supra*, nt. 7.

previsto non sono fra loro confliggenti e si deve propendere per la sussistenza del dolo eventuale qualora si ritenga che l'agente avrebbe agito ugualmente anche nella certezza di cagionare la morte della vittima. È solo in queste ipotesi che il criterio economicistico e quello ipotetico possono essere adoperati congiuntamente per valutare la sussistenza del dolo eventuale.

A ben guardare, né il caso *Ignatiuc*²⁰ né il caso *Thyssenkrupp* rientrano in una simile casistica, dal momento che in entrambe le vicende la verifica del fatto di reato ha costituito la negazione del piano dell'agente.

Il giudice di secondo grado opera una compenetrazione tra il giudizio ipotetico ed il bilanciamento poiché esclude la sussistenza del dolo eventuale quando la verifica dell'evento criminoso, rappresentato come possibile, costituisce la frustrazione dello scopo perseguito dall'agente.

La preferenza mostrata per questa seconda soluzione determina il non trascurabile beneficio dell'assorbimento di tutti i casi dubbi nell'area della colpa con previsione, con evidenti ricadute tuttavia sulla certezza del diritto e del rispetto del principio *in dubio pro reo*.

Quanto all'indice di comparazione tra la finalità di risparmio perseguita ed il danno prodotto, occorre sottolineare che, se la contraddizione tra i due termini della comparazione può essere considerata un vero e proprio *indice*, occorre un rapporto più stringente tra i due elementi; in altre parole, la contraddizione dell'obiettivo deve essere una conseguenza immediata e reale degli eventi. Nell'esempio classico della circolazione stradale, cagionare un incidente mortale è sicuramente evento non voluto poiché ostativo alla fuga dell'automobilista. Se, invece, tale contraddizione si realizza su un piano meramente ipotetico, l'indice risulta del tutto manipolabile ed arbitrario; ancora, nel caso della trasmissione del virus HIV, ad esempio, si potrebbe affermare che la morte del partner sia un evento non voluto innanzi all'obiettivo di una relazione sessuale duratura con lo stesso.

Anche nel caso di specie, «l'obiettivo del risparmio economico contraddetto dalla realizzazione degli eventi risulta "distante" da questi ultimi, con la conseguenza che la contraddizione non pare così immediata e reale da poter svolgere una funzione motivante nel senso della non accettazione dell'evento».

La preferenza per l'uno o l'altro criterio dipende direttamente dalla nozione di volontà che l'organo giudicante decide di far propria. Punto incontrovertibile delle disquisizioni volte ad individuare un criterio discrezionale è che elemento peculiare del dolo eventuale sia la componente volitiva, quell'imprescindibile *quid pluris* rispetto alla componente conoscitiva; all'interno della psiche dell'agente deve sussistere una presa di posizione nel senso della realizzazione del fatto tipico e quindi dell'offesa al bene giuridico. Determinante per far propendere verso l'uno o l'altro orientamento è il significato di cui si riempia il contenitore concettuale della volontà. Decidere di farla coincidere con il concetto di intenzione vuol dire ritenere conforme alla lettera dell'art. 43 c.p. il solo dolo intenzionale e, eventualmente, il dolo diretto. Il dolo eventuale viene allora considerato un'estensione normativa della volontà cui non può essere naturalisticamente ricondotto; la sua formulazione dipende, quindi, dall'applicazione della formula di Frank, «bilanciando il mancato diretto perseguimento del fatto di reato con l'accertamento che la certezza della verifica di quest'ultimo non avrebbe inciso sul comportamento dell'agente».

È questo l'orientamento fatto proprio dalla seconda Corte, che, su questa linea, ha identificato anche in capo all'amministratore delegato l'elemento soggettivo della colpa cosciente. Se, invece, alla nozione di volontà si conferisce un significato più ampio rispetto a quello dell'intenzione, ci si avvicina alla costruzione operata dal giudice di prime cure. Secondo questo orientamento, infatti, la volontà deve essere considerata idonea ad abbracciare tutti gli effetti collaterali della propria azione; l'agente deve cioè aver deciso di agire in vista di un determinato scopo, seppur nella possibilità di cagionare un fatto di reato. Tale seconda impostazione – patrocinata dal giudice di primo grado – sembra quella più collimante con la *ratio* dell'istituto del dolo eventuale. Quest'ultimo abbraccerebbe quelle ipotesi in cui «per raggiungere il risultato desiderato l'agente è costretto a produrne anche un secondo, che può essergli indifferente o addirittura spiacevole, sempreché, si capisce, il valore negativo attribuito dall'agente al verificarsi di tale secondo risultato, sia inferiore al valore positivo attribuito alla realizzazione del risultato desiderato. Ove ciò accada, anche il secondo risultato deve considerarsi voluto, e

²⁰ Cass. pen., sez. I, 1 febbraio 2011, n. 10411, *Ignatiuc*, cit., *supra*, nt. 3.

voluta *ab initio*».

La vicenda giudiziaria della Thyssenkrupp mostra, ancora una volta, che nessuno dei criteri esposti risulta aprioristicamente esatto; al contrario, molto dipende dal retroterra culturale ed ideologico dell'interprete.

3. La sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione.

In esito all'udienza pubblica del 24 aprile 2014, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno confermato la responsabilità dell'amministratore delegato a titolo di colpa cosciente così come riformulata dai giudici della Corte d'Appello. Per raggiungere questa conclusione, i Supremi Giudici hanno dovuto affrontare nuovamente la questione della "linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente", sforzandosi di individuare un criterio rispettoso, in primo luogo, del principio di colpevolezza.

Su questa linea, è stato affermato che «in ossequio al principio di colpevolezza la linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente va individuata considerando e valorizzando la diversa natura dei rimproveri giuridici che fondano l'attribuzione soggettiva del fatto di reato nelle due fattispecie. Nella colpa si è in presenza del malgoverno di un rischio, della mancata adozione di cautele doverose idonee ad evitare le conseguenze pregiudizievoli che caratterizzano l'illecito. Il rimprovero è di inadeguatezza rispetto al dovere precauzionale anche quando la condotta illecita sia connotata da irragionevolezza, spregiudicatezza, disinteresse o altro motivo censurabile. In tale figura manca la direzione della volontà verso l'evento, anche quando è prevista la possibilità che esso si compia ("colpa cosciente")». Per contro nel dolo si è in presenza di organizzazione della condotta che coinvolge, non solo sul piano *rappresentativo*, ma anche *volitivo* la verifica del fatto di reato. In particolare, nel "dolo eventuale", che costituisce la figura di margine della fattispecie dolosa, un atteggiamento interiore assimilabile alla volizione dell'evento e quindi rimproverabile si configura solo «se l'agente prevede chiaramente la concreta, significativa possibilità di verifica dell'evento e, ciò nonostante, si determina ad agire, aderendo ad esso, per il caso in cui si verifichi. Occorre la rigorosa dimostrazione che l'agente si sia confrontato con la specifica categoria di evento che si è verificata nella fattispecie concreta. A tal fine è richiesto al giudice di cogliere e valutare analiticamente le caratteristiche della fattispecie, le peculiarità del fatto, lo sviluppo della condotta illecita al fine di ricostruire l'iter e l'esito del processo decisionale²¹».

La responsabilità colposa, dunque, si caratterizza per il "malgoverno di un rischio", per la mancata adozione di cautele doverose idonee ad evitare le conseguenze pregiudizievoli che caratterizzano l'illecito. Al contrario, nella responsabilità dolosa si riscontra un'organizzazione della condotta che coinvolge la verifica del fatto di reato sia sul piano rappresentativo che su quello volitivo.

La figura margine del dolo, ai fini della sua configurabilità, richiede che l'agente abbia previsto la concreta possibilità della verifica dell'evento e ciononostante si determini ad agire "aderendo ad esso".

Ciò che è deciso è che si faccia riferimento ad un "reale atteggiamento psichico" che, sulla base di una chiara visione delle cose e delle prospettive della propria condotta, esprima una scelta razionale, e, soprattutto, che esso sia rapportato allo specifico evento lesivo ed implichi "ponderata, consapevole adesione ad esso" per il caso che abbia a realizzarsi. Di conseguenza, non rilevano le emozioni e gli stati d'animo; sebbene la considerazione della sfera emotiva del soggetto possa essere utile per comprendere le ragioni che hanno determinato la speranza o

²¹ Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2014. La deliberazione è stata assunta sulle conformi conclusioni del Procuratore Generale. Il dispositivo della sentenza recita: «annulla senza rinvio la sentenza impugnata limitatamente alla ritenuta esistenza della circostanza aggravante di cui al capoverso dell'art. 437 c.p. ed al conseguente assorbimento del reato di cui all'art. 449 c.p.; dispone trasmettersi gli atti ad altra Sezione della Corte d'Assise d'Appello di Torino per la rideterminazione delle pene in ordine ai reati di cui agli artt. 437, comma 1, 589, commi 1, 2, 3, 61 n. 3, 449 in relazione agli artt. 423 e 61 n. 3 c.p.; rigetta nel resto i ricorsi del P. G. e degli imputati; rigetta il ricorso della persona giuridica ThyssenKrupp Acciai Terni S.p.A. che condanna al pagamento delle spese processuali; condanna in solido gli imputati ed il responsabile civile Thyssen Krupp alla rifusione delle spese sostenute nel presente giudizio dalla parte civile 'Medicina Democratica' che liquida in complessivi euro 7 mila, oltre accessori come per legge; infine, visto l'art. 624, comma 2, c.p.p. dichiara irrevocabili le parti della sentenza relative alla responsabilità degli imputati in ordine ai reati sopraindicati».

altro atteggiamento emotivo di rilievo.

L'attenzione dell'interprete, pertanto, deve concentrarsi sulla *prova del dolo*. A questo fine, i Supremi Giudici, segnalando la delicatezza di un'indagine che, sostanzialmente, s'incentra sulla sfera interiore, elaborano ben 11 "indizi o indicatori" del dolo eventuale: 1) la condotta²²; 2) la lontananza dalla condotta *standard*²³; 3) la personalità, la storia e le precedenti esperienze dell'autore²⁴; 4) la durata e la ripetizione della condotta²⁵; 5) la condotta successiva al fatto²⁶; 6) «il fine della condotta, la sua motivazione di fondo; e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali, cioè la congruenza del "prezzo" connesso all'evento non direttamente voluto rispetto al progetto d'azione»²⁷; 7) la probabilità di verificazione dell'evento²⁸; 8) le conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verificazione dell'evento; 9) il contesto lecito o illecito²⁹; 10) l'iter che ha condotto l'agente ad un atteggiamento fiducioso³⁰; 11) il controfattuale alla stregua della prima formula di Frank³¹.

La Corte precisa che si tratta di elementi che non incarnano la colpevolezza, ma servono a ricostruire il processo decisionale e le motivazioni dell'autore, con particolare attenzione al momento in cui è assunta una condotta che si basa sulla nitida, ponderata consapevolezza della concreta prospettiva dell'evento collaterale e, pertanto, si aderisce a tale eventualità quale "prezzo o contropartita accettabile in relazione alle finalità primarie".

A corollario dell'elencazione sopra descritta, le Sezioni Unite sottolineano che si tratta di un catalogo aperto e che ciascuna fattispecie concreta può mostrare plurimi indizi in grado di orientare il giudizio sul dolo eventuale: «quanto più alta è l'affidabilità, la coerenza e la consonanza dei segni tanto maggiore risulta la forza finale del giudizio».

L'aspetto concettuale e normativo della nozione del dolo eventuale, in giudizio, si intreccia, ineluttabilmente, con il problema probatorio; da qui l'esigenza, avvertita in particolare dalla giurisprudenza, di individuare il *topos* dei «segnali d'allarme»: elementi che – se conosciuti dal soggetto agente – consentono di mediare la conoscenza e la volontà del fatto necessarie ai fini

²² La condotta ha una rilevante importanza, soprattutto, negli illeciti di sangue.

²³ Come sottolineano le Sezioni Unite, in questo senso, risulta emblematico il contesto della circolazione stradale, tradizionalmente, ricondotto allo schema normativo della colpa cosciente, fatti salvi in cui l'agente dimostri una determinazione estrema, la volontà di correre rischi elevatissimi senza porre in essere alcuna misura per tentare di governare tale eventualità.

²⁴ A questo proposito è precisato che «la personalità, esaminata in concreto e senza categorizzazioni moralistiche, può mostrare le caratteristiche dell'agente, la sua cultura, l'intelligenza, la conoscenza del contesto nel quale i fatti sono maturati; e quindi l'acquisita consapevolezza degli esiti collaterali possibili». Si pensi, ad esempio, a quella giurisprudenza in tema di trasmissione del virus HIV, che ha escluso il dolo dell'uomo che trasmette la sindrome da immunodeficienza acquisita alla moglie, facendo leva sul suo basso livello culturale e sull'incompleta comprensione delle conseguenze delle sue azioni.

²⁵ Una condotta lungamente protratta, studiata, ponderata, basata su una completa conoscenza e comprensione dei fatti, su questa linea, appare più coerente con un'imputazione dolosa. L'indicatore in parola sembra aprire la strada, anche nella giurisprudenza italiana, alla *teoria della soglia d'inibizione* (*Hemmschwellentheorie*) di matrice tedesca, la quale, in situazioni di incertezza sull'effettivo accertamento della componente volitiva, consente di escludere il dolo, dando rilievo alla spontaneità, all'avventatezza, all'impeto o allo stato di alterazione emotiva del reo. Cfr., C. ROXIN, *Strafrecht*, 2006, 475. Per una ricognizione di quest'ultimo orientamento del *Bundesgerichtshof*, v. M. DOVA, *Un dialogo immaginario con la giurisprudenza tedesca sui confini del dolo. In tema di omicidio e "soglia d'inibizione"*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2015.

²⁶ Le Sezioni Unite valutano che «la fattiva e spontanea opera soccorritrice può aver peso nell'accreditare un atteggiamento riconducibile alla colpa e non al dolo eventuale», per contro, ad esempio, l'estremo tentativo di fuga da parte del ladro dopo un incidente mortale esprime la determinazione di sottrarsi "a qualunque costo" all'intervento della polizia; e, dunque, l'adesione all'evento.

²⁷ Cass., S. U., 24 aprile 2014, cit., 185.

²⁸ «La probabilità non va considerata in astratto, ma soggiudata dal punto di vista dell'agente, della percezione che questi ne ha avuta»: Cass., S. U., 24 aprile 2014, cit., *supra*, 186.

²⁹ Com'è noto, una situazione illecita di base indizia più gravemente il dolo; contesti intrinsecamente leciti, invece, indirizzano verso la prospettiva colposa. A questo specifico proposito, è segnalata l'esigenza di utilizzare tale criterio con prudenza e sempre in accordo con le altre emergenze del caso concreto. Una considerazione poco oculata di tale indizio, infatti, può facilmente scivolare in un autentico giudizio sul tipo d'autore.

³⁰ Se è vero che l'ottimismo o il pessimismo, la rimozione e gli stati affettivi in genere non possono risolvere il problema del dolo eventuale, a parere dei giudici di legittimità, non si può negare che si tratti di aspetti in grado di contribuire a spiegare le ragioni che hanno condotto l'agente ad un atteggiamento di fiducia.

³¹ La formula di Frank si presenta come un criterio sostanzialmente risolutivo laddove si abbia modo di esperire in modo affidabile il relativo giudizio controfattuale. L'accertamento del dolo, però, non può essere affidato solo a tale strumento euristico; ma deve essere supportato da tutti i possibili strumenti di indagine.

di un'imputazione dolosa³².

Come osservato da autorevole dottrina, però, la questione dei *segnali* da riconoscere e valutare si addice maggiormente all'imputazione colposa, poiché il rispetto di regole di diligenza richiede la capacità di cogliere *segnali riconoscibili* nelle situazioni in cui si agisce, così da potersi comportare in modo adeguato alla situazione concreta³³. L'inosservanza di doveri di informazione appare un argomento difficilmente compatibile con la prova del dolo: «addebitare l'inadempimento di doveri di acquisizione di conoscenze presuppone logicamente situazioni di mancanza o incompletezza di conoscenze, ed orienta quindi verso l'esclusione del dolo, che è conoscenza acquisita³⁴».

Il rischio di coltivare orientamenti tesi a valorizzare la categoria del dolo eventuale è quello di neutralizzare lo stato di dubbio, «perché lavora con categorie – come prevedibilità e rischio – che sono flessibili e [lo] assorbono facilmente»³⁵. In altre parole, a risolversi a sfavore del reo sarebbe il dubbio sostanziale in cui egli versa, non il dubbio processuale – ossia quello nutrito dagli interpreti – che verrebbe, invece, sostanzialmente superato.

Forse consci di queste ragioni e certamente consapevoli della complessità dell'itinerario richiesto all'interprete – spesso reso ancora più controverso dalla povertà del materiale probatorio –, i giudici di legittimità non esitano a sottolineare che, laddove alla stregua della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, la situazione probatoria rimanga irrisolta, occorre attenersi al principio di favore per l'imputato e rinunciare all'imputazione soggettiva più grave a favore di quella colposa, se prevista dalla legge³⁶.

4.

Le teorie volitive: dal consenso all'accettazione del rischio.

Analizzando le teorie elaborate dalla dottrina – in particolare, italiana e tedesca – dai tempi più remoti fino ad oggi, si deve prendere atto che anche le più recenti elaborazioni dogmatiche non sono state in grado di fornire un criterio univoco di demarcazione tra dolo eventuale e colpa cosciente. L'orientamento oggi più diffuso, sia a livello dottrinale che giurisprudenziale, ricomprende un gruppo di posizioni tendenti ad individuare tale *discrimen* sulla

³² Con particolare riferimento ai “segnali d'allarme” elaborati in ambito economico (ossia un contesto di base lecito), v. D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2013, 22, il quale richiama, ad esempio, il processo sul dissesto del Banco Ambrosiano: Cass. pen., 22 aprile 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 651 s., riferito alla “sistematica inerzia” del sindaco nonostante i “segnali della cattiva gestione della banca” e la “rischiosità di numerose operazioni effettuate”; nonché Cass. pen., 26 giugno 1990, in *Cass. pen.*, 1991, 828 s., sulla vicenda Sindona. Nella nota sentenza Bipop-Carire, riguardante l'imputazione di concorso mediante omissione a titolo di dolo eventuale, da parte di amministratori senza poteri di delega, rispetto a reati societari ed economici commessi da amministratori delegati, la Corte di Cassazione, ha evidenziato una distinzione fra segnali di diversa pregnanza, precisando che: ai fini della prova del dolo, devono essere utilizzati segnali “*perspicui e peculiari*”; segnali “*d'allarme o di rischio*” possono rilevare, invece, sul piano della colpa. Su questa linea, nella medesima sentenza si legge che: «non solo non è consentito equiparare conoscenza e conoscibilità, ma non è consentito, sul piano probatorio, saltare dalla colpa al dolo, considerando prova del dolo quella conoscibilità che di per sé definisce la colpa»: Cass., sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, in *Guida al dir.*, 2007, 35, 71, con nota di Bricchetti. Per approfondimenti: ID., *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Società*, 2008, 902 ss.; nonché M. PIERDONATI, *Dolo e accertamento nelle fattispecie “pregnanti”*, Napoli, 2012, 316 ss. In giurisprudenza, cfr. *Cass. pen., sez. V, 19 ottobre 2010, n. 41136*, in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2012, con nota di G. MERCONE, *Gli obblighi degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*; Cass. pen., 8 giugno 2012, n. 42519, in *Cass. pen.*, 2014, 3, 1025, con nota di Frascchetti.

³³ D. PULITANÒ, *I confini*, cit., 27, il quale evidenzia che «riconoscere segnali d'allarme, è il contenuto tipico di doveri di diligenza». Su questa linea, la casistica più ampia riguarda delitti facenti parte del diritto penale dell'economia, in particolare, problemi di responsabilità di soggetti non uniti di deleghe e non operativi, ma titolari di poteri e doveri funzionali. Sul punto, v. anche F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 493 ss.

³⁴ D. PULITANÒ, *I confini del dolo*, cit., 27.

³⁵ F.M. IACOVIELLO, *op. cit.*, 485, 492. «Applicare “automaticamente” il dolo eventuale in caso di dubbio (rischio percepito e intellettualmente non risolto) significa escludere un accertamento motivazionale, per accontentarsi di uno schema presuntivo paradigmatico, che si ferma al livello del “fatto”, senza approfondire quello della “colpevolezza”»: M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2014, 91, il quale, su questa linea, sostiene la necessità di ricondurre il dubbio a una «condizione ancora neutra (o non esclusiva) sotto il profilo della volontà: a risolvere la questione non sarà la rappresentazione di un rischio, né la decisione nel dubbio irrisolto, ma il tipo di adesione al dubbio e all'evento che si sia fatto proprio (...)». In questo senso, lo stato di dubbio è compatibile sia con il dolo eventuale che con la colpa cosciente.

³⁶ Ulteriori rilievi critici sul ricorso agli indicatori descritti dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento saranno formula *infra* § 8.

base dell'atteggiamento interiore dell'agente nei confronti dell'evento³⁷.

La *teoria dell'indifferenza* (*Gleichgültigkeitstheorie* o *Gefühlstheorie*), anche definita come *teoria del sentimento*, accerta la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nell'atteggiamento interiore del soggetto agente di fronte alla possibile produzione dell'evento³⁸. Il dolo eventuale caratterizzerà tutte le ipotesi in cui il soggetto assuma un atteggiamento di assoluta indifferenza rispetto all'eventuale realizzazione della fattispecie penale, ovvero del risultato lesivo "accessorio" della propria condotta illecita; la colpa cosciente, invece, sussisterà quando tale risultato lesivo appaia indesiderato.

Tale impostazione viene definita "minore", così come le diverse varianti che pongono l'attenzione sui concetti di *fiducia* o *speranza*, formulate anch'esse al fine di individuare i caratteri differenziali fra dolo eventuale e colpa cosciente³⁹. Tali teorie, sia in Italia che olttralpe, in realtà, hanno registrato ben pochi consensi. Risulta contraddittorio proprio il tentativo di individuare il momento volitivo del dolo ricorrendo ad entità psichiche che non coincidono con la nozione di volontà⁴⁰. Non sembra coerente con i principi del diritto penale ritenere sufficiente, ai fini della responsabilità dolosa – anche solo a titolo di dolo eventuale – «l'atteggiamento di indifferenza o di mancanza di riguardo da parte del soggetto agente; si tratta di qualifiche che si attaccano meglio all'identificazione della colpa in senso stretto⁴¹».

Alla teoria dell'indifferenza si obietta non soltanto l'indeterminatezza del concetto stesso di *indifferenza*, ma soprattutto il fatto che, nel tentativo di non ridurre il dolo eventuale a mera previsione dell'evento, fa riferimento a concetti come l'interesse o la spiacevolezza dell'evento nei confronti dell'agente, conducendo, quindi, ad un accertamento oggettivo del dolo attraverso il ricorso alle categorie dell'interesse, del gradimento ecc. Si richiede, dunque, ancora una volta, un giudizio «ipotetico», poiché sarà necessario ricorrere a una valutazione sull'intera personalità del soggetto agente: non si giudica una reale situazione psicologica in relazione all'evento, bensì una situazione emotiva o sentimentale per il cui esame rileva non l'evento verificatosi, ma il valore negativo ad esso attribuito dal soggetto agente⁴².

In realtà, uno stato d'animo di particolare insensibilità verso il bene giuridico offeso può rappresentare un indizio di una certa rilevanza per accertare il dolo, sebbene non sia anche sufficiente ai fini dell'accertamento stesso. Non sembra possibile, invece, accogliere la conclusione di quanti giungono a escludere il dolo eventuale in tutte le ipotesi in cui non vi sia un'assoluta indifferenza verso l'evento da parte del soggetto agente, indifferenza intesa, ancora una volta, come mancanza di desiderio. Risulta incoerente, infatti, ricondurre alla colpa cosciente, prevedendo un trattamento sanzionatorio più mite, il comportamento del reo che, pur nella speranza di non cagionare l'offesa, abbia messo in conto l'ulteriore risultato lesivo della

³⁷ Nella letteratura Italiana, autorevoli fautori della teoria della volontà sono stati F. CARRARA, *Dolo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, I, 1870, 292; A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, 1913, 406, 333 nt. 116; A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione di dolo*, Napoli, 1930, 143 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 350 ss., il quale si muove sempre in un'ottica "realistica" e non prettamente psicologica; F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., 28, nt. 45; A. DI LORENZO, *op. cit.*, 126 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, 363; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 304. Sul punto v. A. PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., 325 ss. Per un'esauritiva disamina delle concezioni tradizionali sulla differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente, vale a dire le teorie intellettualistiche (la teoria della probabilità e la teoria della possibilità), cfr. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.

³⁸ K. ENGLISH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit in Strafrecht*, Berlin, 1930, 233 ss. Per un'accurata disamina della teoria in esame: v. C. ROXIN, *op. cit.*, 454; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 44 ss., cui si rinvia anche per i puntuali riferimenti bibliografici alla lettura tedesca.

³⁹ In giurisprudenza: cfr., in particolare, Corte d'Appello di Roma, 13 giugno 1986, in *Giur. mer.*, 1987, 418, che, pronunciandosi a seguito di annullamento con rinvio da parte della Corte di Cassazione della sentenza di secondo grado, che aveva condannato gli imputati per omicidio volontario, ha ravvisato, sulla base del criterio della speranza, la colpa cosciente nel comportamento di due genitori che, per rispettare i precetti della confessione religiosa a cui si erano convertiti, sceglievano di interrompere la terapia emotrasmfusionale della figlia minore, affetta da betalassemia *maior*, pur potendo prevedere la morte della bambina come conseguenza più che probabile di una tale scelta e, al contempo, sperando che l'esito lesivo non si verificasse. L'interruzione della terapia ha provocato un abbassamento del tasso di emoglobina nel sangue e, conseguentemente, la morte della minore per insufficienza cardiaca.

⁴⁰ Cfr., tra gli altri, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 44; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 276, che parla di «difetto di fondazione» di tali teorie minori. Sottolineano le difficoltà sul piano dell'accertamento: tra gli altri, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico*, cit., 203; A. MALINVERNI, *Gli stati affettivi nella nozione di dolo*, in *Arch. pen.*, 1955, 362.

⁴¹ C. ROXIN, *op. cit.*, 454. Il dolo «rappresenta una forma di manifestazione dell'elemento soggettivo qualificata dinamicamente come un "attacco" nei confronti degli oggetti (e i valori di cui essi sono portatori) socialmente rilevanti: E. MORSELLI, *Il ruolo*, cit., 69 s., il quale, su questa linea, ritiene «più appropriato parlare di *Gesellschaftsfeindlichkeit*, o aggressività antisociale (corsivo dell'Autore): se nella colpa è riscontrabile uno statico difetto di sensibilità sociale (c.d. *Leichtfertigkeit*), nel dolo vi è invece una componente attiva di distruttività».

⁴² V., nello stesso senso, A. PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., 348; F. MORSELLI, *Il ruolo*, cit., 69 s.; ID., *L'elemento soggettivo del reato nella prospettiva criminologica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 100.

propria condotta illecita⁴³.

La c.d. teoria dell'approvazione o del consenso all'evento (*Billigung-oder Einwilligungstheorie*) rappresenta la formulazione più classica nell'ambito delle concezioni volitive⁴⁴.

Se si accoglie la teoria secondo cui il dolo si caratterizza più per l'elemento volitivo che per quello rappresentativo, per configurare il dolo eventuale sarà necessario qualcosa di più rispetto alla semplice rappresentazione dell'evento lesivo in termini di probabilità o possibilità. Questo *quid pluris* è stato ravvisato dalla c.d. *teoria del consenso* in un'approvazione interiore alla realizzazione dell'evento preveduto come possibile⁴⁵. Secondo l'orientamento in esame si integra l'elemento volitivo del dolo eventuale in relazione alla conseguenza lesiva prevista, qualora quest'ultima sia stata «accettata con approvazione»; mentre, in assenza di questa adesione interiore e di fronte alla (motivata) fiducia (o speranza) del reo che il risultato non abbia luogo, si configura la colpa cosciente⁴⁶.

Per la configurazione del dolo eventuale non è, dunque, sufficiente la mera previsione dell'evento, ma è altresì necessario un nesso psichico tra l'agente e l'evento medesimo; in questo modo sarà possibile distinguere e, al tempo stesso, delimitare tale figura rispetto alle altre specie di dolo. Per evitare confusioni, però, si è ritenuto opportuno chiarire il modo in cui va inteso il termine consenso. Di quest'ultimo, infatti, si servono anche coloro che fondano il dolo su criteri «oggettivi», come quello della probabilità o della possibilità⁴⁷. Secondo i sostenitori della teoria della probabilità, se il soggetto agente, nonostante si rappresenti la probabilità dell'evento, agisce ugualmente, significa che «consente» ad esso. Considerando il reale significato del termine «consenso», però, si tratterebbe più di una presunzione di consenso che di un'effettiva adesione «intima» alla prospettiva della verifica dell'evento da parte del soggetto agente: siamo sideralmente distanti dall'accezione tradizionale della componente volitiva del dolo, in una dimensione «oggettiva» dai risvolti probatori evanescenti.

L'idea del «consenso» viene utilizzata anche da autori che, nel rifiutare il concetto di volontà come essenza del dolo, cercano tuttavia di dare un contenuto positivo all'atteggiamento dell'agente confluyente nel dolo eventuale. La teoria di cui ci occupiamo caratterizza positivamente il dolo eventuale attraverso il concetto di «consenso», ma con esclusivo riferimento alla sfera psichica dell'agente e, quindi, con esclusione di una qualsiasi sua determinazione in base a

⁴³ Simile a quello dell'indifferenza è il criterio della speranza, patrocinato da von Hippel, che nega il dolo eventuale quando l'auspicio del non verificarsi dell'evento sia stato decisivo per la realizzazione dell'azione. In argomento, v. R. VON HIPPEL, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, in VDA, A.T., III, 1908, 506; F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1911, 177 ss. Nella letteratura italiana, si riferiscono al criterio della speranza: E. BATTAGLINI, *Volontà e rappresentazione nei delitti dolosi secondo il nuovo codice penale. L'elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, in *Riv. pen.*, 1931, 94; O. VANNINI, *Le definizioni del dolo*, in *Giust. pen.*, 1947, II, 274; ID., *L'evento colposo come condizione di punibilità*, in *Riv. pen.*, 1930, 1032; G. DEL VECCHIO, *La previsione dell'evento nel delitto colposo*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1933, 574; M.G. PAOLI, *Dolo preterintenzione e colpa. L'elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, 668. Accoglie il criterio della speranza anche L. JIMENEZ DE ASUA, *La colpa cosciente e il dolo eventuale*, in *Riv. pen.*, 1962, I, 437. *Contra*, per tutti, H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht, Eine Systematische Darstellung*, XI ed., Berlin, 1969, 70. In giurisprudenza: v., tra le tante, Cass., 24 maggio 1984, in *Cass. pen.*, 1986, 467; ID., in *Giust. pen.* 1985, II, 172 (s.m.); Cass., 17 dicembre 1971, in *Cass. pen.*, 1973, 232; Cass., 20 novembre 1970, in *Giust. pen.*, 1972, II, 271 ss. con nota di G.P. LATINI, *Appunti in tema di colpa cosciente e dolo eventuale*; Corte di Cass., Sez. I, 26 febbraio 1998, n. 5969, in *Riv. pen.*, I, 342 ss.; Corte d'Assise d'Appello di Roma, 13 giugno 1986, in *Foro it.*, 1986, II, 606, con nota di F. ALBEGGIANI.

⁴⁴ Il criterio dell'approvazione è stato adottato dal *Bundesgerichtshof* a partire dalla famosa sentenza del 1955 relativa al c.d. *Lederriemenfall* (caso delle cinghie di cuoio): due soggetti, per un'aggressione a scopo di rapina, utilizzano una cinghia di cuoio con cui vogliono soffocare riducendo in stato di incoscienza la loro vittima, senza ucciderla; sebbene si rendano conto che lo strangolamento può causare la morte, continuano a soffocare la vittima che, a poco a poco, smette di muoversi e, senza che loro se ne accorgano, muore. V. BGH 7, 363 ss. Questa sentenza chiarisce che il termine «approvazione» è compatibile con un rifiuto emozionale dell'evento, quindi anche con il desiderio che questo non si realizzi. Tale teoria fu formulata, in termini anche eterogenei, da R. VON HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1903, 111 ss.; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Ein Lehrbuch*, AT, 4ª ed., Karlsruhe, 1971, 263 s.; J. BAUMANN – U. WEBER, *Strafrecht*, AT, 9ª ed., Biefeld, 1985, 402.

⁴⁵ Cfr., per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 363.

⁴⁶ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 45.

⁴⁷ In estrema sintesi, la teoria della probabilità (*Wahrscheinlichkeitstheorie*) ritiene sussistente il dolo eventuale quando l'agente considera l'evento come una conseguenza probabile della propria condotta; viceversa, si avrebbe colpa cosciente allorché lo ritenga soltanto possibile: così, tra gli altri, E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, 3ª ed., Napoli, 1871, 161; M. GRÜNHUT, *Begriffsbildung un Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1926, 16; H. MAYER, *Strafrecht*, AT, Stuttgart-Köln, 1953, 250 ss. Questa teoria, da un lato, si fonda su dati statistici e/o quantitativi, che destano forti riserve sul piano dell'opportunità di distinguere tra dolo eventuale e colpa cosciente proprio su queste basi, dall'altro rischia di provocare l'«abrogazione» del dolo eventuale a vantaggio della limitrofa figura soggettiva colposa. La teoria della possibilità (*Möglichkeitstheorie*), invece, afferma che il dolo eventuale è caratterizzato dalla possibilità di verifica dell'evento: cfr., in particolare, H. SCHRÖDER, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, in Sauer FS, Berlin, 1949, 207 ss.; E. SCHMIDHÄUSER, *Zum Begriff der bewussten Fahrlässigkeit*, in GA, 1957, 305 ss. Le osservazioni critiche nei confronti di quest'ultima teoria sono del tutto speculari a quelle formulate nei confronti della precedente. Per un'analisi approfondita dei criteri della possibilità e della probabilità ai fini dell'individuazione della linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, nella nostra dottrina, v., per tutti, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 30 ss., cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti bibliografici.

circostanze oggettive (reali o presunte). Il consenso, dunque, non sarebbe altro che volontà. Il presupposto della teoria è che nel dolo eventuale sia presente un elemento volitivo del tutto sovrapponibile al concetto di consenso.

In realtà, si deve ritenere che in un sistema ispirato ai principi di materialità, offensività e personalità della responsabilità penale, non possa assumere rilevanza decisiva il semplice atteggiamento interiore dell'agente: ciò che rileva è piuttosto il fatto che la lesione dei beni giuridici possa essere evitata⁴⁸. Se l'autore, che si è rappresentato le conseguenze possibili della sua azione, desiste dal compierla, significa che la minaccia penale ha raggiunto il suo scopo. Se, invece, il soggetto in questione non rinuncia al proprio comportamento, accettando il rischio delle relative conseguenze, significa che egli ha scelto la strada della lesione del bene giuridico, senza che tale scelta venga meno per il sol fatto che ad essa si accompagni un atteggiamento puramente interiore di disapprovazione dell'evento o di speranza nella sua non verifica⁴⁹. La sfera interiore del soggetto agente non può essere dirimente ai fini dell'accertamento del requisito volitivo del dolo eventuale.

Come la vicenda giudiziaria in esame dimostra, la prassi applicativa e parte della dottrina, per accertare il consenso, ricorrono ad un accertamento ipotetico così articolato: il dolo eventuale sussiste quando è presumibile che il soggetto avrebbe ugualmente agito anche se si fosse rappresentato l'evento lesivo come certamente connesso alla sua azione. Si tratta del noto "criterio di prova" della *prima formula di Frank*, che muove dalla domanda relativa a quale condotta avrebbe assunto il reo se fosse stato certo della realizzazione dell'evento tipico⁵⁰. In altri termini: quando dall'esame del carattere e del comportamento del soggetto agente risulti che egli avrebbe agito ugualmente, si deve affermare il dolo eventuale; laddove, invece, la sicura previsione della conseguenza lesiva avrebbe determinato l'astensione dall'azione, si deve configurare la colpa cosciente. La formula non propone il riferimento a una mera «predisposizione d'animo» del soggetto agente rispetto all'evento o a «una graduazione tutta interiore dei valori in gioco», ma piuttosto guida la valutazione del giudice al riscontro, tramite un giudizio ipotetico, di un ben determinato atteggiamento psicologico: lo stato mentale rileva per il dolo, se è tale da indurre il soggetto ad agire anche di fronte ad un cambiamento sostanziale dei fattori che rilevano ai fini della decisione, come sarebbe «il passaggio dalla *possibilità* alla *certezza*» del verificarsi dell'evento lesivo⁵¹. La formula di Frank consente di ricostruire il dolo eventuale nei termini di un'indagine intesa a verificare l'attitudine che avrebbe avuto, nel contesto in cui si è mosso l'agente, «una particolare *ragione per non agire, più intensa* di quella effettivamente operativa (la sostanziale certezza, piuttosto che la mera possibilità di ciondolare l'evento pre-

⁴⁸ Cfr., nello stesso senso, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 304 s.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 363 s.

⁴⁹ In tale direzione vanno i rilievi di Claus Roxin ripresi e condivisi da G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 120. Sul punto v. anche G. CERQUETTI, *Gli effetti penali della condanna*, Padova, 1990, 94 ss.; 104 ss.; 337 ss. e *passim*.

⁵⁰ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für deutsche Reich*, 17^a ed., Tübingen, 1926, 182; R. FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZStW*, 1890, 217. La formula recita: «l'autore agisce in maniera dolosa se ha agito pur essendo consapevole della realizzazione della fattispecie. Egli agisce in maniera colposa se nello stesso caso avesse desistito». Sul punto: v. I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW*, Hundertdritter Band, 1991, 1 ss., la quale rileva che questa formula coincide, nella sua struttura, con la c.d. formula della *condicio sine qua non*. La supposizione della certezza della realizzazione è una possibilità di rimuovere la posizione colposa dell'agente. Se l'attore non avesse agito, allora si dimostra, secondo il consueto metodo della teoria della *condicio sine qua non*, la causalità dell'orientamento interiore della colpa per la decisione di commettere un danno dell'agente. Secondo l'esatta formulazione di R. VON HIPPEL, *Vorsatz, Fabrlässigkeit, Irrtum*, in *AA. VV., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, A. T., III, Band, Berlin, 1908, 506, nt. 2, sulla base della prima formula di Frank, ai fini del dolo eventuale occorre poter affermare che l'agente avrebbe agito, «*ceteris paribus*», «anche nella certezza di produrre il risultato». Nella letteratura italiana propendono per il criterio in parola, tra gli altri, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 363, nt. 76; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, 8^a ed., Milano, 2003, 301 ss.; L. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1074, nt. 28; ID., *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 175 ss.; M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 792; D. PULTANÒ, in *Commentario breve, Sub art. 43, IV, 7*, a cura di A. CRESPI – F. STELLA – G. ZUCALÀ, Padova, 2008, 166. La definizione «criterio di prova» si deve, in particolare, a S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 47. Nella giurisprudenza italiana v., in particolare, Cass., 5 luglio 1976, in *Cass. pen.*, 1977, 832. Si utilizza l'espressione «prima formula di Frank», poiché R. Frank, in tempi successivi, propose una seconda formula in base alla quale individuare la linea di confine tra dolo e colpa: R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für deutsche Reich*, 18^a ed., Tübingen, 1931, § 59 V. In forza della seconda formula di Frank, dovrebbe propendersi per il dolo eventuale nelle ipotesi in cui il soggetto abbia agito sulla base del seguente ragionamento: «le cose stiano in questo modo o altrimenti, accada una determinata conseguenza od un'altra, in ogni caso io agisco»: la traduzione in parola si deve a S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 47, nt. 90.

⁵¹ Cfr. L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., 177 s.; ID., *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 976 ss., dove l'Autore ribadisce che la formula di Frank consente di rilevare una condizione psicologica reale e, pertanto, appare il criterio più idoneo ad identificare il dolo eventuale. V., altresì, R. VON HIPPEL, *Vorsatz, Fabrlässigkeit, Irrtum*, cit., 506, nt. 2, il quale, pur condividendo i postulati della prima formula di Frank, specificava che il *discrimen* tra dolo eventuale e colpa cosciente si sarebbe dovuto individuare tenendo conto che nel primo il verificarsi dell'evento lesivo è valutato «con maggiore favore della rinuncia ai propri interessi».

veduto), rispetto alla *ragione per agire* (la prospettiva di ottenere un certo risultato) che abbia dato causa alla condotta tenuta dall'agente⁵². In altri termini, viene in gioco un *bilanciamento dei fattori* rilevanti nella scelta individuale di tenere o meno una certa condotta e acquista maggiore rilievo il momento decisionale.

Questo criterio si espone, però, all'obiezione di sostituire indebitamente un atteggiamento psichico ipotetico a quello reale⁵³. Un giudizio presuntivo, infatti, non risulta adatto ad identificare una forma del dolo: quest'ultimo deve fondarsi su una relazione psicologica effettiva tra agente e fatto, la quale non può essere accertata con elementi ipotetici piuttosto che reali⁵⁴. È stato sostenuto che il riferimento a un accadimento ipotetico non può meravigliare, poiché la formula di Frank non vuole offrire la definizione in termini cognitivi del dolo eventuale, ma piuttosto un criterio per determinare il contenuto del concetto normativo di dolo⁵⁵.

Altra parte della dottrina ha evidenziato che il riferimento ipotetico viene utilizzato come il mezzo induttivo più idoneo per cogliere una situazione psicologica *effettiva*: la circostanza che avrebbe agito nonostante la certezza del risultato indica, in chi abbia agito rappresentandosi la possibilità di cagionare l'evento, un atteggiamento psicologico particolare, diverso da quello del soggetto che, pur avendo deciso di agire nella consapevolezza del rischio, di fronte alla certezza, si sarebbe astenuto⁵⁶.

Ciononostante, sono condivisibili i rilievi di chi esprime forti dubbi circa la reale utilità di un giudizio ipotetico in tutti quei casi concreti in cui, per l'agente, tra il desiderio di conseguire un certo risultato e il timore di cagionare un evento lesivo non vi sia una sostanziale differenza. Può ritenersi ammissibile, infatti, ricostruire in termini attendibili la decisione del soggetto agente quando la sproporzione tra i valori in pericolo si mostri evidente⁵⁷. Si dovrà, però, tenere presente che, ai fini dell'individuazione dell'elemento soggettivo del reato, ciò che rileva non è la gerarchia di valori dell'uomo medio, ma piuttosto quella dell'individuo specificamente considerato il quale, nel caso concreto, potrebbe anche perseguire un fine oggettivamente futile. Quando, invece, una rilevante sproporzione tra gli interessi in gioco manchi, appare arduo sostenere di poter pervenire a un giudizio attendibile circa la decisione del soggetto agente: quest'ultimo, infatti, rappresentandosi come certa la conseguenza accessoria, avrà sicuramente avuto molte incertezze nel decidere se agire o meno⁵⁸.

Infine, è opportuno osservare che l'applicazione della formula di Frank porterebbe a incongrue esclusioni del dolo in casi in cui l'evento collaterale si presenti in rapporto di totale o parziale antagonismo con il risultato perseguito dal soggetto agente, come, ad esempio, nel caso della morte della persona dalla quale, tramite sevizie, si volevano ottenere determinate informazioni⁵⁹.

Può, dunque, condividersi la posizione di quanti sottolineano che l'adesione alla formula di Frank, non facendo leva su scelte effettivamente verificatesi nella realtà e richiedendo piuttosto un giudizio ipotetico circa le eventuali scelte del soggetto agente, porterebbe ad affermare

⁵² Contra L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., 178, secondo cui una simile conclusione non può essere condivisa poiché non chiarisce come opera la preferenza sopra descritta da parte dell'agente. Essa «rischia pur sempre di ricondurre il confine tra dolo e colpa ad un giudizio sul livello di "egoismo" soggettivo».

⁵³ Sul punto v. I. PUPPE, *op. cit.*, 1ss., la quale spiega che questa formula sarebbe utilizzabile soltanto se fosse possibile formulare affermazioni sicure sulla modalità di condotta dell'autore nell'«altra situazione». Per fare ciò, però, mancano delle leggi di psicologia universalmente valide e sufficientemente certe. Su questa linea, l'Autrice afferma che si tratta di obiezioni logiche e metodologiche che fanno fallire la formula di Frank, così come è fallita la teoria della *condicio sine qua non*. Sul punto v., altresì, K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, 192, mit fn 20.

⁵⁴ Cfr., tra i tanti, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 48; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 12; G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 363, nt. 76; M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., *Sub Art 43/26*, 443; M. GALLO, voce *Dolo*, cit., 792; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 305.

⁵⁵ A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 301, nt. 19; ID., *Il fatto*, cit., 476 ss.

⁵⁶ Cfr., nello stesso senso, L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., 181 ss.; ID., *Appunti sul confine*, cit., 1089.

⁵⁷ Come, ad esempio, nel caso di un automobilista impaziente di giungere in tempo a uno spettacolo, di fronte alla certa previsione di cagionare la morte o delle lesioni ad un pedone.

⁵⁸ Cfr. S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 12 ss.

⁵⁹ Emblematico in tal senso, nella letteratura penalistica tedesca, appare il c.d. «caso Lacmann»: un giovane scommette venti marchi di essere in grado di sparare ad un boccale di vetro nella mano della ragazza del baraccone del tiro a segno. In caso di insuccesso, eventualità che dunque egli si rappresenta come possibile, si ripromette di far cadere il fucile e di sparire senza pericolo nella confusione del mercato. In effetti, colpisce la mano della ragazza. In questo caso, la speranza consisteva nella mancata realizzazione della fattispecie e la decisione di compiere l'azione pericolosa era condizionata e motivata proprio da tale speranza. In altri termini, se l'agente avesse previsto come certo il fallimento del suo piano sicuramente non avrebbe agito; tuttavia, anche se l'esito letale non era approvato, sembra preferibile ravvisare il dolo eventuale, contrariamente alla conclusione cui si dovrebbe pervenire in base alla prima formula di Frank. Sul punto W. LACMANN, *Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, in *ZStW*, Bd. 31, 1911, 142 ss.

il dolo eventuale o la colpa cosciente a seconda del *grado di insensibilità* dell'autore rispetto al bene offeso dall'evento non intenzionale, sulla base di una valutazione della personalità del reo. Ciò però causerebbe un'estensione dell'oggetto del giudizio di colpevolezza, in direzione di una sorta di dolo "d'autore", ai fini non solo della commisurazione della pena, ma della stessa imputazione soggettiva del fatto⁶⁰.

All'esigenza di ricollegare il dolo eventuale a un atteggiamento interiore del soggetto agente, che si avvicini il più possibile a una presa di posizione della volontà in grado di influire sullo svolgimento degli accadimenti, risponde con migliori risultati la c.d. *teoria dell'accettazione del rischio*, frutto della confluenza di diverse accezioni di rischio, formulate in via eterogenea nella letteratura penalistica tedesca. Tale orientamento rispecchia il punto di vista dominante nella dottrina e nella giurisprudenza moderne e nasce dalla considerazione che agire in presenza della rappresentazione della concreta possibilità della realizzazione del fatto implichi già logicamente il consenso del soggetto agente⁶¹. Si è precisato, tuttavia, che il consenso vada inteso non come intima approvazione, ma come *decisione personale* del soggetto agente che si rappresenta e accetta la realizzazione del fatto lesivo. Si ritiene cioè che, se quest'ultimo avesse voluto evitare di correre il rischio della realizzazione del fatto tipico, avrebbe scelto di non agire. In questa prospettiva il dolo eventuale è rappresentazione della *concreta possibilità* della realizzazione del fatto e accettazione, quindi *volizione*, di esso; la colpa cosciente è invece rappresentazione della *semplice possibilità* della realizzazione del fatto, ma accompagnata dalla sicura fiducia che in concreto non si realizzerà, quindi, *non volizione*⁶². Pertanto, il dolo eventuale si caratterizzerebbe per la mancanza di un rapporto di contraddizione tra volontà ed evento: il soggetto agente decide di agire anche *a costo di* provocare un evento criminoso⁶³. L'agente, in questo caso, nonostante preveda che il suo comportamento sia idoneo a cagionare un evento illecito, lo pone in essere ugualmente, essendo pervenuto a una «previsione negativa⁶⁴» circa la possibilità che l'evento si realizzi effettivamente, nello specifico contesto delle circostanze in cui egli opera. Se non avesse superato lo stato di dubbio circa il verificarsi dell'evento, il

⁶⁰ S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 13 ss. Sul punto v. anche G. BRAMANTE, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di dolo eventuale*, in *Indice pen.*, 1995, 735 s.

⁶¹ Per alcune interessanti applicazioni del criterio dell'accettazione del rischio: v. F. PALAZZO, *Regole disciplinanti il fido bancario e distrazione punibile*, in *Cass. pen.*, 1983, 800; S. CANESTRARI, *Note in tema di dolo nel delitto di «rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro» (art. 437 c.p.)*, in *Riv. giur. lav.*, 1984, IV, 391 ss.; ID., *Osservazioni sulla responsabilità colposa concorrente del datore di lavoro e del costruttore di macchine non conformi ai requisiti di sicurezza*, in *Riv. giur. lav.*, 1985, IV, 644 s.; A. NAPPI, *Pericolo dolo e colpa nei reati previsti dagli artt. 437 e 451 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1984, 2541 s. In giurisprudenza v., tra le tante, Cass. Pen., Sez. III, 23 Ottobre 1997, n. 5969, in *Riv. pen.*, 1998, 342; Cass. Pen., Sez. IV, 10 ottobre 1996, n. 11024; Cass. Pen., Sez. I, 3 giugno 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 2992 ss.; Cass., Sez. V, 12 maggio 1992, D'Alò, in *Cass. pen.*, 1993, 1121; Cass., Sez. V, 25 novembre 1986, Asquino, in *Riv. pen.*, 1987, 794; Cass., Sez. I, 17 marzo 1980, Siniscalchi, in *Giust. pen.*, 1980, II, c. 706.

⁶² Cfr., tra gli altri, M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., *Sub Art. 43/27 ss.*, 443 s.

⁶³ Così nel caso di chi spara contro una persona, accettando l'eventualità di uccidere o ferire altre pur di conseguire il proprio scopo; o del guardabarriere che, per correre al capezzale del figlio, accetta l'eventualità del disastro ferroviario. Si configura un fatto colposo, invece, nel caso di un automobilista che decide di fare un sorpasso in prossimità di una curva pericolosa facendo affidamento sulla propria abilità di guidatore, pur rappresentandosi la possibilità di causare uno scontro, che puntualmente si verifica. Cfr., nello stesso senso, G. FIANDACA – F. MUSCO, *op. cit.*, 363; F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 352; F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., 28, nt. 45; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 304.

⁶⁴ Proprio nel concetto di previsione negativa parte della dottrina individua un punto debole di siffatta ricostruzione e osserva che il nostro ordinamento, ai fini della configurazione della colpa cosciente, esige la previsione dell'evento e non la previsione negativa dell'evento. La previsione di un "non evento" finirebbe con il richiedere come oggetto del nesso psichico un requisito che non fa parte del fatto tipico. Ciò che sarà necessario provare è, invece, «l'esistenza o meno di un'ineffettiva rappresentazione del nesso causale; la presenza, in altri termini, di circostanze dalle quali possa desumersi che l'agente si è positivamente rappresentato la direzione eziologica della propria condotta verso l'evento tipico, ovvero, al contrario, si è prefigurato determinati fattori impeditivi o interruttivi di tale nesso, tali da indurlo ad una valutazione erronea circa la possibilità del verificarsi del risultato offensivo». Invero, si può concordare con chi, come S. Canestrari, assegna a quest'ultima analisi il merito di sottolineare l'importanza dell'elemento dell'errore sulla causalità come dato caratteristico della colpa cosciente, ma, al contempo, osserva come siffatto requisito non possa essere elevato a contrassegno che riesce, operando sul piano della rappresentazione, a differenziare il dolo eventuale e tale forma di colpa. Sulla questione, v. ampiamente S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 81.

soggetto sarebbe stato in dolo⁶⁵.

Recenti contributi sviluppano ulteriori critiche alla formula dell'accettazione del rischio: parte della dottrina osserva che *a costo di* produrre l'evento agisce ogni persona che prevede, come possibile, un risultato negativo: dunque il requisito in esame non sarebbe caratteristico del solo dolo eventuale, ma anche della colpa cosciente. Occorre, piuttosto, che il dolo eventuale si caratterizzi per qualcosa in più della pura e semplice accettazione del rischio: tale *quid pluris* è stato individuato nell'*atteggiamento di disprezzo* verso il bene giuridico offeso, che il soggetto agente manifesta scegliendo di agire nonostante la previsione del fatto lesivo. Per valutare la sussistenza di tale atteggiamento di disprezzo sarà decisiva la posizione emotiva del soggetto stesso nei confronti dell'evento, poiché la riprovevolezza per un fatto doloso è superiore a quella per un fatto colposo. In questo modo il principio di colpevolezza risulterebbe meglio rispettato: da un lato, perché la rimproverabilità dell'agente, nei casi di dolo eventuale, non apparirebbe inferiore a quella che caratterizza il dolo intenzionale ed il dolo diretto; dall'altro, perché la sfera del dolo eventuale sarebbe ulteriormente delimitata, all'interno della teoria dell'accettazione del rischio, ai soli casi di maggiore riprovevolezza del soggetto agente⁶⁶.

Altri studiosi, invece, ritengono che la teoria dell'accettazione del rischio non consenta di giustificare la configurazione della previsione dell'evento come circostanza aggravante e il relativo aggravamento di pena. Quale potrebbe essere, ci si chiede, il rimprovero da muovere a quel soggetto che, in un primo momento, si rappresenta la possibilità di causare un evento lesivo, ma in una fase successiva, confidando sulle circostanze esterne o sulle proprie capacità, giunge alla convinzione che l'evento, nel caso concreto, non si verificherà? Non si può ritenere rimproverabile il mero fatto psicologico della previsione dell'evento. Questo, infatti, potrebbe dipendere da fattori meramente caratteriali come nel caso di persone molto apprensive o pessimiste, portate a immaginare sempre conseguenze negative. Non sarebbe coerente punire più severamente chi riflette sulle conseguenze della propria condotta rispetto a chi agisce in modo superficiale, o comunque, sopravvalutando le proprie capacità⁶⁷.

In conclusione, si può notare come, nonostante gli sforzi della dottrina, neanche la teoria dell'accettazione del rischio – in tutte le sue sofisticate varianti – lasci del tutto soddisfatti, non solo poiché non consente di individuare in maniera precisa il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, ma anche perché lascia privi di risposta interrogativi fondamentali ai fini della sua stessa applicazione: quando si può, in concreto, ritenere che l'accettazione vi sia stata o meno? Quale ruolo gioca il contesto di base, lecito o illecito, in cui si colloca il comportamento dell'agente? Qual è la reale incidenza dell'accertamento dei motivi della condotta?

Quale che sia il punto di vista teorico prescelto, il giudice è chiamato a svolgere complesse analisi circa i processi psicologici interiori dell'agente, spesso senza neanche poter disporre di adeguati riferimenti nella realtà esterna. Ciò comporta la necessità di ricorrere a massime di esperienza le quali, però, non possono garantire quel grado di sicurezza che l'accertamento del

⁶⁵ Cfr. M. GALLO, voce *Dolo*, cit., 792; nonché T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 252, secondo cui l'elemento caratterizzante la colpa cosciente è la previsione dell'evento "possibile in astratto", come conseguenza "non già della condotta propria dell'agente, ma della condotta inosservante assunta nella sua dimensione impersonale", come nel caso del guidatore spericolato. *Contra*, 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*, Napoli, 1991, 116, che ritiene che, se il soggetto esclude con certezza che l'evento si verificherà, l'evento non è più previsto come possibile. Perciò, in tale ipotesi, la colpa, se pure si configura, è una colpa senza previsione dell'evento. Dunque, i casi di dubbio possono risolversi tanto in dolo eventuale quanto in colpa con previsione. *Contra*, da ultimo, le raffinate analisi di M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 90, il quale afferma che «è necessario ricondurre il dubbio a una condizione ancora neutra (o non esclusiva) sotto il profilo della volontà: a risolvere la questione non sarà la rappresentazione di un rischio, né la decisione nel dubbio irrisolto, ma il tipo di adesione al dubbio e all'evento che sia fatto proprio (...). Diventa perciò dirimente (...) l'analisi del profilo motivazionale della decisione». Il riferimento imprescindibile all'analisi motivazionale del soggetto agente, sottolineato da M. Donini, sembra anticipare le conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite a proposito della vicenda Thyssen (v., *supra*, § 3).

⁶⁶ A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, cit., 116.

⁶⁷ S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 24 ss. L'Autore, inoltre, osserva che l'art. 61 n. 3 del codice penale fa riferimento a un'azione compiuta nonostante la previsione dell'evento: lo stato di dubbio nel quale il soggetto si trova al momento della condotta andrebbe ricondotto, dunque, al campo della colpa cosciente, non a quello del dolo. L'accettazione del rischio, in questo modo, diventa elemento comune a dolo eventuale e colpa cosciente e per distinguerli occorrerà fare leva sulle differenti modalità di accettazione del rischio: vi sarebbe dolo eventuale quando il rischio venga accettato a seguito di un'opzione, di una deliberazione con la quale consapevolmente l'agente subordina un determinato bene ad un altro; colpa cosciente, invece, quando l'accettazione del rischio, da parte del soggetto agente, abbia luogo per effetto di un atteggiamento soggettivo riconducibile al concetto di mera imprudenza o negligenza, e quindi da ritenersi ricompreso nel rimprovero per colpa. In questo modo la previsione dell'evento si presenta come un coefficiente psicologico che si aggiunge agli elementi costitutivi dell'illecito colposo e rende più forte l'adesione del soggetto al fatto. Ciò giustificherebbe una più elevata risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento e renderebbe più adeguata la configurazione della previsione dell'evento come circostanza aggravante.

dolo richiede e così, in linea di massima, si riterrà di escludere il dolo eventuale nel caso di rischi lievi o comuni e, invece, di affermarlo nel caso di rischi gravi e tipici⁶⁸.

5.

Cenni al concetto di rischio inteso come oggetto del dolo nella dottrina tedesca.

L'insufficienza delle teorie volitive nella definizione degli elementi caratterizzanti il dolo eventuale ha provocato quello che è stato definito il «rinascimento delle teorie cognitive». Soprattutto, nella letteratura contemporanea di matrice tedesca si è diffuso un orientamento secondo cui il dolo eventuale si configura quando sussistono determinati requisiti appartenenti alla sfera rappresentativa, mentre il momento volitivo è considerato irrilevante oppure non dimostrabile⁶⁹. Coloro che aderiscono a tale scuola di pensiero fanno leva sul *criterio del rischio*, in modo da conferire all'oggetto del dolo una più incisiva qualificazione normativa.

Fra gli autori che si propongono di approfondire l'analisi del concetto di *rischio* per determinare il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente va segnalato Jakobs, il quale non si oppone alla teoria prevalente fondata sul binomio *presa sul serio del rischio-fiducia motivata che l'evento non si verificherà*, ma propone di correggerla introducendo degli elementi probabilistici. In particolare: il dolo eventuale si configura nelle ipotesi in cui il reo, al momento della condotta, giudichi «non improbabile» la realizzazione dell'illecito come conseguenza del proprio comportamento, mentre l'affermazione della colpa cosciente deve legarsi alla supposizione di una mancante probabilità dell'avverarsi dell'esito offensivo⁷⁰. In altri termini, alla luce di questa impostazione, il dolo è integrato dalla volontà della condotta (e non dell'evento), la quale rileva in termini «ascrittivi», è espressa dall'imputazione di un «errore della volontà» («*Willensfehler*»), ossia un «un deficit del volere (...), un deficit di motivazione fedele al diritto⁷¹».

L'applicazione di tale formula, però, conduce a conclusioni non convincenti proprio in relazione alle diverse tipologie di pericolo. Nella prassi, infatti, si possono facilmente ravvisare situazioni rischiose che, pur essendo vietate, vengono comunemente percepite come trascurabili⁷². Per accertare il dolo eventuale, inoltre, l'autore si avvale dei criteri dell'«intensità del rischio» e del «peso del bene giuridico aggredito», ambedue intesi in senso oggettivo⁷³. L'applicazione del primo criterio, tuttavia, non conduce a risultati coerenti: l'Autore, infatti, suppone il dolo eventuale nel caso, ad esempio, di un automobilista che non si ferma di fronte ad un semaforo rosso o che compie un sorpasso in prossimità di una curva pericolosa, ma lo nega in altre circostanze tipiche della circolazione stradale, in cui la rilevanza del rischio emerge in maniera analoga. In questi casi non sembra possibile omettere una valutazione sull'effettiva *presa sul serio* del pericolo da parte del soggetto agente e procedere ad aprioristiche classificazioni⁷⁴.

Infine, neanche il criterio che fa riferimento al *peso del bene giuridico aggredito* offre un ausilio affidabile, poiché conduce ad affermare il dolo eventuale in tutte le ipotesi in cui i beni giuridici in pericolo siano di grado elevato, come nel caso della vita o dell'integrità fisica. In questi casi, in realtà, si può ritenere che proprio per l'importanza del bene giuridico in pericolo,

⁶⁸ V., nello stesso senso, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 364.

⁶⁹ Contributi fondamentali nell'ambito di questo diversificato orientamento, diffuso soprattutto nella dottrina tedesca, sono forniti, tra gli altri, da W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983; L. PHILIPPS, *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko*, in *ZStW*, 1973, 27; I. PUPPE, *op. cit.*, 1 ss.

⁷⁰ G. JAKOBS, *Strafrecht, AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York, 1983, 2ª ed., 1991, sub 8/21 ss., 269 ss.

⁷¹ G. JAKOBS, *op. ult. cit.*, sub 8/23-29, 272 ss. Jakobs esclude la sussistenza del dolo ogniqualvolta l'agente con sconsideratezza abbia fiducia che nel caso concreto l'evento non si verificherà. Egli ritiene che la *cecità fattuale* (*Tatsachenblindheit*) «sia rivelatrice di "indifferenza" e dunque trattabile normativamente come dolo indiretto/eventuale»: M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 86, il quale sottolinea che si tratta di una concezione «psicologizzante di forme di *dolus indirectus*, attenta alla colpevolezza (...) ma mediata da una valutazione d'autore e della sua motivazione antiggiuridica, più che da una ricostruzione del momento rappresentativo-cognitivo reale del singolo fatto».

⁷² Gli esempi più evidenti riguardano la circolazione stradale: la guida di un'auto dopo un moderato uso di alcolici o il mancato rispetto della distanza di sicurezza sono circostanze in cui sembra sussistere una sorta di «abitudine al rischio» data dalla stessa esperienza individuale.

⁷³ G. JAKOBS, *op. ult. cit.*, sub 8/30 s., 276 ss.

⁷⁴ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 58 s., cui si rinvia anche per gli ampi e puntuali riferimenti alla dottrina ed alla giurisprudenza tedesche. Nello stesso senso, nella letteratura italiana, i rilievi critici di L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., 93, il quale sottolinea l'inadeguatezza del criterio proposto da Jakobs sul piano della certezza. Sul punto v. anche G. CERQUETTI, *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Torino, 2004, 216, il quale formula dei rilievi critici incentrati, soprattutto, sui riflessi della teoria di Jacobs sulla funzione della pena.

il soggetto agente sia portato a rimuovere la stessa idea dell'evento lesivo⁷⁵.

Un contributo fondamentale nell'ambito delle teorie che si caratterizzano per la valorizzazione del concetto di rischio è stato apportato dall'opera di Wolfgang Frisch. L'Autore ritiene che l'unico oggetto del dolo sia costituito da quello che egli definisce come «comportamento conforme al tipo» («*tatbestandsmäßiges Verhalten*»). Secondo quest'impostazione, il dolo deve ricomprendere solo gli elementi del fatto tipico che si presentano all'agente in una visione *ex ante*. Il contenuto del dolo risulta così circoscritto alla sfera cognitiva e si incentra sulla consapevolezza, da parte dell'agente, dell'illiceità del rischio connaturato alla condotta posta in essere⁷⁶. La configurazione del dolo eventuale, in particolare, richiede la rappresentazione di un livello di rischio «non più tollerato⁷⁷». Tale impostazione sembrerebbe porsi in netto contrasto con la dottrina dominante fondata sul criterio della *presa sul serio del rischio*; deve tuttavia evidenziarsi come, in realtà, non si tratti di un effettivo contrasto, poiché anche Frisch ritiene che «un rimprovero a titolo di dolo eventuale non possa essere formulato quando il soggetto agente, pur rappresentandosi di agire in un contesto concretamente pericoloso, abbia sicura fiducia che l'evento lesivo non si verificherà⁷⁸». La sola consapevolezza del pericolo conforme alla fattispecie non basta, pertanto, per ritenere sussistente il dolo eventuale, è altresì necessaria una *decisione contro il bene giuridico* da parte dell'autore⁷⁹.

In conclusione, neppure questa teoria riesce a tracciare una chiara linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, poiché risulta, da un lato, incompatibile con le disposizioni del nostro ordinamento, che riferiscono il concetto di dolo all'evento realmente verificatosi e alla volontà del soggetto di cagionarlo; dall'altro lato, inapplicabile, poiché non precisa quali siano i livelli di rischio penalmente rilevanti in rapporto all'imputazione a titolo di dolo eventuale⁸⁰.

Pur volendo superare il limite di diritto positivo, che caratterizza il nostro sistema, ad accogliere questi indirizzi, vanno segnalati «limiti logici e anche costituzionali insuperabili». Sul piano logico, «dato che il rischio è oggettivo ed esiste la forma della colpa con previsione dell'evento e non solo del rischio (che lo precede), ogni elemento oggettivo pericoloso, purché non sia finalizzato all'offesa, ma rimanga indirettamente lesivo, è a fortiori compatibile con la colpa⁸¹». Con riferimento alla coerenza con i principi penali di rilevanza costituzionale, si riscontra un contrasto con l'art. 27, commi 1 e 2, Cost., nella misura in cui il divieto di responsabilità oggettiva penale ed il divieto di presunzioni di colpevolezza hanno come corollario

⁷⁵ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 59.

⁷⁶ W. FRISCH, *op. ult. cit.*, 57 ss., 74 ss., 94 ss., 118 ss., 255 ss., 264 ss. Per un'attenta ricostruzione della teoria di Frisch v. C. ROXIN, *op. cit.*, 462.

⁷⁷ W. FRISCH, *op. ult. cit.*, 341.

⁷⁸ W. FRISCH, *op. ult. cit.*, 208; ID., *Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorstanzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion*, in *Gedächtnisschrift Meyer*, 1990, 544 s.

⁷⁹ Su questa linea, il soggetto sieropositivo che tiene comportamenti rischiosi non è di norma in dolo, al pari dell'automobilista che tiene una condotta di guida spericolata. Sul punto, nella letteratura italiana, v. M. DONINI, *Illecito*, cit., 349, nt. 82; L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., 85 ss.; G. CERQUETTI, *La rappresentazione*, cit., 223 ss.

⁸⁰ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 61 s.; G. CERQUETTI, *La rappresentazione*, cit., 221.

⁸¹ M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 89.

che, nel processo, la prova sia strutturata compatibilmente con tali preclusioni⁸².

6. Una ricostruzione del dolo eventuale strutturata su tre livelli: rischio doloso non consentito, rappresentazione e volontà.

L'indagine sulle concezioni tradizionali sulla differenza strutturale tra dolo eventuale e colpa cosciente sembra confermare la teoria attualmente prevalente nella letteratura italiana ed in quella d'oltralpe, fondata sulla coppia concettuale *accettazione del rischio-fiducia che l'evento non si verifichi*. In un contesto in cui i contrasti tra i sostenitori delle diverse varianti di questa formula si riducono a mere «schermaglie terminologiche», l'idea del dolo eventuale come *decisione personale per la possibile violazione del bene giuridico* appare quella maggiormente in grado di offrire una combinazione soddisfacente fra le istanze volitive e quelle cognitive⁸³. Questo criterio ha il merito di riaffermare la necessità delle caratteristiche volitive ai fini del giudizio definitivo sulla sussistenza del dolo e di offrire una prospettiva di indagine che consente di non separare il problema della definizione del dolo da quello del suo accertamento.

Il dolo e la colpa, essendo fenomeni psicologici interni alla mente umana e, pertanto, insuscettibili di percezione diretta, impongono all'osservatore di procedere a una ricostruzione attraverso l'analisi e la valutazione delle loro caratteristiche esterne. Acquistano allora rilevanza indici quali il grado di verifica dell'evento lesivo, il livello di rischio insito nella condotta e

⁸² M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 89. Un tentativo di qualificare i differenti livelli di rischio doloso e colposo viene affidato al tipo di «schermi» predisposti per ridurre le conseguenze pericolose della propria condotta: G. R.D. HERZBERG, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*, in *JuS*, 1986, 249 ss., il quale prende le mosse dal *topos* del «confidare seriamente nella realizzazione dell'evento dannoso». Un simile confidare può, infatti, essere «serio» soltanto se è possibile addurvi motivazioni che devono essere prese seriamente. Così, un pericolo schermato potrebbe essere ravvisato nel caso di un muratore che lasci salire un apprendista su un'impalcatura pericolosa, senza adottare le necessarie precauzioni; oppure nell'ipotesi di un'insegnante che, nonostante la presenza di un cartello che segnala il divieto di balneazione in un fiume pericoloso, lasci fare tuffare i suoi studenti: in queste ipotesi, infatti, in caso di esito mortale, indipendentemente dalla soggettiva valutazione dell'agente, si può configurare solo un omicidio colposo, perché il pericolo era «schermato», le vittime, attraverso la normale diligenza, avrebbero potuto evitare l'evento lesivo. Di contro, nel caso c.d. della *roulette russa*; degli atti sessuali con una minore che si ritenga erroneamente maggiorenne; di chi strangoli la vittima di una rapina fino a farle perdere coscienza, si tratta di un «pericolo non schermato»: pertanto l'agente dovrà rispondere a titolo di dolo eventuale, anche se ha agito fiducioso del non avverarsi della fattispecie. In conclusione, secondo quest'orientamento, il dolo è la rappresentazione di un pericolo della realizzazione della fattispecie tanto non consentito quanto non schermato («*einer sowohl unerlaubten wie unabgeschirmten Gefahr der Tatbestandserfüllung*»). Di conseguenza, un rischio colposo sussiste soltanto quando la realizzazione appare «altamente improbabile», come una «coincidenza infelice»: R.D. HERZBERG, *Die Abgrenzung*, cit., 249, 256. Il confine della probabilità nella differenziazione tra pericolo doloso e colposo in questo modo diviene assai più profondo. Il pericolo doloso non deve sfiorare la certezza, deve, tuttavia, essere così grande che la realizzazione dell'offesa può essere attribuita all'attore in quanto operata da questi in modo consapevole. Se l'attore affida al caso la realizzazione dell'evento lesivo, se egli non può dominarla con la sua condotta, allora, l'accusa di dolo non può essere motivata attraverso l'argomento che egli la mette in conto accettandola o la affronta con indifferenza. Sul punto cfr. I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZSTW*, Hundertdritter Band, 1991, 19, nt. 54, la quale, a tal proposito, cita il caso di un soggetto che manomette i freni dell'automobile della moglie affinché, in prossimità di una curva, la stessa rimanga vittima di in un incidente lungo una strada scoscesa (BGH, 4 StR 250/74, 73 ss.). Nella fattispecie, l'intervento non si realizza grazie alla straordinaria prontezza di riflessi della donna. Le lesioni riportate dalla vittima possono essere senz'altro qualificate come «intenzionali»: la stessa entità del rischio delle lesioni è, del resto, sufficiente per affermare il *dolus eventualis*. A torto, in questo caso, il tribunale accoglie l'imputazione a titolo di omicidio doloso, sul presupposto che l'autore aveva affidato al caso la possibilità della morte. In realtà, infatti, che un automobilista muoia nel corso di un incidente stradale è cosa assai più improbabile che egli venga ferito. Le conclusioni cui conduce l'applicazione di tale teoria, però, non possono ritenersi prive di contraddizioni: nelle ipotesi di *pericolo schermato*, infatti, il dolo eventuale andrebbe sempre negato, anche quando l'agente si fosse rappresentato la sussistenza di un rischio di notevole entità; invece, nel caso di *pericolo non schermato*, il dolo eventuale andrebbe in ogni caso affermato, quale che fosse la quota di rischio avvertita dall'agente. Inoltre, si deve mettere in evidenza che le cautele che il soggetto agente, il reo o la vittima riterranno di adottare dipenderanno dalla loro fiducia nella non verifica dell'evento. A parere di chi scrive, non si può aderire a una teoria che intende costruire la responsabilità dolosa indiretta prescindendo da qualunque riferimento agli elementi volitivi. Ciò, come già ricordato, si pone in contrasto con le disposizioni del codice penale italiano, che fondano la differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente su elementi psicologici: C. ROXIN, *op. cit.*, 468 ss. Riprende e condivide questa posizione S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 62 ss. Sul punto v. altresì G. CERQUETTI, *La rappresentazione*, cit., 224 s., cui si rinvia anche per i riferimenti alle altre correnti dottrinarie di matrice tedesca che possono collocarsi sullo stesso piano di quella proposta da Herzberg.

⁸³ Si tratta di un criterio che rappresenta un'efficace sintesi tra i due elementi strutturali del dolo, ossia la rappresentazione e la volontà. Tale criterio è stato proposto da C. ROXIN, *op. cit.*, 275 ss. Questo criterio non solo sottolinea la differenza qualitativa che esiste tra dolo eventuale e colpa cosciente sul piano della colpevolezza, ma tiene anche conto del profilo politico-criminale, ovvero delle «valutazioni della coscienza sociale in ordine al significato da attribuire al comportamento dell'autore». In altri termini, attraverso tale criterio viene in evidenza che le valutazioni della coscienza sociale sono certamente differenti in rapporto alla condotta di chi «abbia documentato, con il proprio comportamento, una posizione di "ostilità" nei confronti dei valori dell'ordinamento, ovvero, al contrario, un atteggiamento che, se pure di grave leggerezza e sconsideratezza, non può essere certo assimilato a quello di colui che abbia accettato l'eventualità della lesione»: G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 123, il quale riprende i rilievi formulati dallo stesso Roxin. Propendono per il criterio in esame, tra gli altri: W. HASSAMER, *Caratteristiche del dolo*, in *l'Indice pen.*, 1991, 496; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 70 ss.

la sua riconoscibilità, l'accertata predisposizione da parte del soggetto agente di contromisure idonee a evitare il danno e così via.

Da questi presupposti prende le mosse una ricostruzione della nozione di dolo eventuale operativa già sul terreno della tipicità penale⁸⁴. Questo orientamento contraddice la conclusione raggiunta da quella parte della dottrina che afferma che «un fatto antiggiuridico può essere commesso con dolo semperché – in assenza di dolo – siano presenti, rispetto allo stesso fatto, gli estremi della colpa⁸⁵». I sostenitori di quest'orientamento ravvisano nella *contrarietà alle norme cautelari* la misura di rischio in grado di modellare il profilo normativo non soltanto dell'illecito colposo, ma anche di quello doloso⁸⁶. In questo modo si ritiene di poter dare soluzione a casi particolarmente problematici, come, ad esempio, quello del chirurgo che intende eliminare l'amante della moglie, confidando che si realizzi il rischio mortale imminente nell'intervento chirurgico necessario per salvare la vita del paziente, il quale in effetti decede, in seguito però ad un'operazione effettuata senza violare la *lex artis*; o, ancora, il caso del *boxeur* che colpisce con fine omicida l'avversario, che è anche suo nemico personale, il quale muore nel corso di un combattimento molto violento, ma tenutosi nel rispetto delle norme che disciplinano tale attività sportiva⁸⁷. In entrambi i casi, in virtù del "*principio non c'è dolo senza colpa*", si dovrà escludere la possibilità di configurare un omicidio doloso, poiché l'evento morte, sebbene sia stato intensamente voluto dal soggetto agente, è stato causato da una condotta rispettosa delle norme cautelari di settore⁸⁸.

Tale conclusione si presta tradizionalmente a un duplice ordine di obiezioni: parte della dottrina osserva che, nei casi citati, la ragione dell'impunità vada ravvisata nell'*assenza di dolo*, poiché l'agente non avrebbe *voluto* ma semplicemente sperato e desiderato che la morte si verificasse⁸⁹. Tale replica, però, non risulta convincente proprio rispetto a quelle ipotesi in cui la realizzazione dell'evento lesivo, così come previsto *ex ante* dal soggetto agente, non può essere ricondotta ad una semplice speranza inverosimilmente realizzatasi. Emblematico, in tal senso, il caso dell'assegnazione al dipendente da parte del datore di lavoro – il quale ha una segreta volontà omicida – di un incarico molto rischioso, da svolgere però nel rispetto delle norme di sicurezza⁹⁰. Dell'*esistenza del dolo* nei casi in discussione sono, invece, convinti altri critici del principio "*non c'è dolo senza colpa*", i quali sostengono la centralità dell'elemento della *realizzazione del volere* del soggetto agente per affermare la presenza della forma più intensa di dolo: il dolo intenzionale. Si tratta di una soluzione che si presenta incompatibile con principi fondamentali del diritto penale italiano: essa potrebbe infatti condurre all'imputazione del caso fortuito e ad attribuire rilievo penale (anche) a condotte che si arrestano allo stadio del tentativo inidoneo⁹¹.

Lo Studioso già richiamato, invece, valuta che i rilievi critici da avanzare nei confronti del principio "*non c'è dolo senza colpa*" siano altri ed afferma che «i concetti di diligenza e prudenza non possono illustrare in modo adeguato la dimensione di rischio di un'attività rivolta alle offese intenzionali ai beni giuridici». Nelle forme dolose, infatti, la valutazione del pericolo non può essere sempre affidata alla mediazione delle norme cautelari. Nella ricostruzione dell'elemento oggettivo dell'illecito doloso ricoprono un ruolo decisivo le *cognizioni supplementari* possedute dal soggetto agente in relazione alla situazione di fatto: si deve ritenere che queste si aggiungano a quelle *ex ante* conoscibili dall'agente modello, ma non possono essere incluse nel parametro dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*. L'Autore giunge, dunque, alla seguente conclusione: «si potrà classificare un determinato pericolo non consentito come doloso, allorquando un avveduto osservatore esterno (l'organo giudicante) – posto nella stessa situazione concreta in cui si trovava il singolo autore ed in possesso delle sue conoscenze, nonché delle sue capacità psicofisiche – non avrebbe mai potuto *prendere seriamente*

⁸⁴ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 71.

⁸⁵ Cfr., nello stesso senso, 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, fasc. 1, I, 26 ss.

⁸⁶ Cfr., nello stesso senso, S. PRODOCIMI, *Dolus eventualis*, op. cit., 93.

⁸⁷ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 107; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, op. cit., 29; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 239 ss.

⁸⁸ G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 29; Nello stesso senso V. MILITELLO, *Rischio*, cit., 239 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 330; T. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 266; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento*, Torino, 2006.

⁸⁹ G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 30; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 107 ss.

⁹⁰ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 108; *Contra* G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, op. cit., 31.

⁹¹ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 108; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 31.

in considerazione di assumere quello specifico rischio nelle vesti dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* dell'agente, bensì in una prospettiva posta al di fuori dei confini tracciati dalla tipologia sociale di riferimento⁹². In altri termini, per ravvisare una *decisione contro il bene giuridico* – in assenza di un'intenzione o di una volontà diretta a realizzare la fattispecie – occorre per prima cosa formulare un giudizio sulla *natura* del rischio che il soggetto agente ha inteso correre. Tale giudizio dovrà avere ad oggetto la possibilità di rintracciare una figura-modello cui commisurare la condotta concreta e potrà essere formulato solo attraverso una complessa opera di bilanciamento fondata sull'operatività di molteplici fattori dipendenti dalla situazione concreta, fra cui il «grado di probabilità del verificarsi della lesione e la contrapposta grandezza del valore o della consuetudine sociale della condotta pericolosa tenuta dal soggetto in connessione con la finalità o lo scopo di essa⁹³». La verifica relativa all'impossibilità da parte di un soggetto immaginato come *personificazione dell'ordinamento giuridico nella situazione concreta*, persino di pervenire alla rappresentazione del fatto lesivo deve condurre a ravvisare la natura dolosa del rischio. Quando, invece, l'agente modello avrebbe dovuto riconoscere il fatto lesivo e tale riconoscimento avrebbe dovuto indurlo ad agire diversamente da come ha agito saremo in presenza di un «rischio colposo». La sussistenza di un rischio non consentito, la cui assunzione non può neppure essere presa seriamente in considerazione dalla figura modello dell'agente concreto, rappresenta il primo dei tre livelli in cui si articola la nozione di dolo eventuale qui suggerita. Gli ulteriori livelli strutturali attengono al profilo psicologico e sono: «*quello cognitivo*, nel quale si deve accertare la rappresentazione effettiva da parte del reo del concreto esito offensivo, basata sulla conoscenza attuale della situazione di fatto dalla quale derivava il rischio della sua verifica; *quello volitivo* costituito dalla *decisione personale nel senso della possibile violazione del bene giuridico*⁹⁴». La colpa cosciente sarà ravvisabile quando l'agente, pur comprendendo il significato teleologico della norma cautelare trasgredita nel caso concreto, non si adegua allo standard di diligenza dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, nella ferma convinzione di riuscire a controllare lo sviluppo di quello specifico pericolo che la regola prudenziale intendeva evitare⁹⁵. Chi agisce con colpa cosciente, dunque, si rappresenta determinati fattori impeditivi o interruttivi del nesso causale, tali da indurlo ad una valutazione erronea circa la possibilità del verificarsi del risultato offensivo⁹⁶.

È stato osservato che questa teoria, configurando il dolo eventuale quando il soggetto agente non sia riconducibile ad alcuna tipologia sociale di riferimento, potrebbe spostare l'attenzione, nel processo di accertamento dell'elemento soggettivo, verso il *tipo d'autore*⁹⁷. Ma tale critica non sembra cogliere nel segno: la teoria illustrata, infatti, ai fini della configurabilità del dolo eventuale, richiede non solo l'accertamento della natura dolosa del rischio, ma anche la rappresentazione interiore della situazione concreta da cui tale rischio deriva e la decisione

⁹² S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 158. Sul punto: v. anche I. PUPPE, *op. cit.*, 14 ss., la quale spiega che esistono situazioni pericolose nell'ambito delle quali non solo il singolo attore, ma ogni persona che, secondo i criteri generali, agisce in maniera razionale può confidare seriamente che non scaturiscano eventi lesivi. Si parla pertanto di «pericoli colposi». Esistono poi altri pericoli che una persona che agisce in maniera razionale ammette soltanto quando aderisce psicologicamente alla loro realizzazione. Questi sono, sulla base della loro «qualità», i «pericoli dolosi». Per quanto concerne i criteri di tali valutazioni, rilevarebbe, in primo luogo, l'entità del pericolo, ma dovrebbero essere considerate anche la sua evidenza e l'imminenza della sua realizzazione.

⁹³ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 304.

⁹⁴ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 158, 306. L'orientamento in parola è stato utilizzato dal [Gup del Tribunale di Grosseto, 20 luglio 2013](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 settembre 2013, con nota redazionale di A. AIMI. Nella motivazione di questa sentenza di patteggiamento, pronunciata con riferimento al caso Costa Concordia, si afferma che «già la stessa natura del «rischio» consentirebbe di escludere l'invocato naufragio doloso ascritto» a tre imputati, in ragione del fatto che: a) la condotta di navigazione ravvicinata alla linea di costa, pur essendo una manovra di per sé «non priva di pericoli», non concretizzava un rischio «folle» perché (...) costituiva comunque una manovra non «vietata dalla normativa all'epoca in vigore» e che «avrebbe potuto svolgersi in condizioni di sicurezza»; inoltre, b) «la scelta di navigare in estrema vicinanza alla linea di costa» era «conseguenza di decisione assunta da altro soggetto [...] che aveva in quel momento la titolarità formale ed effettiva del comando della nave». A questo specifico proposito, M. Donini prospetta una legittima perplessità che il rischio «folle» delimiti troppo rispetto a decisioni prese «ad ogni costo», aggiungendo che si tratta di un parametro che, di fatto, elimina l'esigenza di difficili accertamenti soggettivi-volitivi, ripiegando sulla responsabilità colposa, in quanto ipotesi più favorevole: M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 99, nt. 122.

⁹⁵ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 299.

⁹⁶ V., nello stesso senso, G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 146.

⁹⁷ Si pensi, ad esempio, ai casi delle c.d. *sfide automobilistiche con la sorte*: l'intenzione è quella di attraversare un incrocio pericoloso ad alta velocità e senza alcuna cautela, confidando nel fatto che la strada, alle prime ore del mattino, sia deserta (S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 165, nt. 257). In casi simili si potrebbe essere portati ad affermare la responsabilità a titolo di dolo eventuale solo per il fatto di non riuscire ad includere il soggetto agente in alcuna tipologia sociale di riferimento, «perché, in definitiva, quest'ultimo risulta etichettabile come un *giovane scriteriato*»: così P. VENEZIANI, *Motivi*, cit., 145, nt. 88. M. Donini evidenzia che la teoria in parola utilizza parametri propri del reato colposo per spiegare un fatto doloso, con la conseguenza di favorire presunzioni che contrastano con la reale psicologia del soggetto, «lasciando credere che la soluzione dei casi possa avvenire (...) anche *contra reum*, a livello oggettivo»: M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 98.

personale del reo nel senso della realizzazione dell'evento lesivo.

La sussistenza della natura dolosa del rischio rappresenta, dunque, una condizione necessaria ma non anche sufficiente per affermare la responsabilità a titolo di dolo eventuale: devono essere analizzati tutti e tre i gradini che conducono all'imputazione dolosa indiretta, né si può prescindere da alcuno di essi. Si può, dunque, concordare con chi riconosce a questo studio il merito di coniugare un'indagine in chiave oggettiva, attraverso la verifica di un rischio doloso, ontologicamente diverso rispetto a quello colposo, con un'analisi soggettiva, in cui si accerta la determinazione dell'autore a ledere il bene giuridico⁹⁸. Altra questione, ovviamente, è quella di verificare il problematico "impatto" di tali teorie nella prassi giurisprudenziale.

7. Una rilettura delle ipotesi di confine tra dolo e colpa alla luce del diverso disvalore di azione sotteso alle due specie di elemento psicologico.

Dalla disamina finora effettuata, si evince chiaramente come dottrina e giurisprudenza si siano sempre sforzate di individuare una definizione sostanziale di dolo eventuale, cercando instancabilmente di descrivere una nitida linea di confine tra questa forma di imputazione soggettiva e la limitrofa figura della colpa cosciente. Peraltro, com'è inevitabile in un ordinamento caratterizzato dalla valenza dei canoni di tassatività e determinatezza della norma incriminatrice, l'angolo visuale prescelto tende a rimanere ancorato alle norme di diritto positivo. Così, vengono proposte soluzioni talvolta anche molto eterogenee, tese a superare le questioni in materia di imputazione soggettiva dell'evento lesivo, restando saldamente ancorati non soltanto ai dettami del codice penale, ma, prima ancora, ai principi fondamentali che caratterizzano questo ramo dell'ordinamento giuridico.

Tale opzione ermeneutica è condivisibile nel metodo – oltre che nel merito – anche in considerazione della lettera dell'art. 43 c.p.: «la definizione legislativa del dolo va considerata nella sua portata autenticamente normativa, di vincolo di disciplina rilevante nella prospettiva penalistica del principio di legalità». Indicando tanto la dimensione della previsione quanto l'aspetto della volontà, il legislatore ha sostanzialmente imposto all'interprete di non assegnare rilevanza, ai fini della responsabilità dolosa, agli atteggiamenti psicologici fondati sulla mera rappresentazione dell'evento criminoso⁹⁹.

Malgrado gli innumerevoli sforzi compiuti, va però registrata la persistente incapacità di accertare la presenza del dolo eventuale o della colpa cosciente sulla base di un criterio "monodromo". Anche le più recenti decisioni giurisprudenziali confermano che non esiste realmente un'adesione univoca ad uno schema dogmatico: le conclusioni dei giudici appaiono il frutto del contingente convincimento in merito all'attendibilità dei criteri proposti dalla dottrina dai tempi più risalenti ai nostri giorni. Tali circostanze continuano ad alimentare forte perplessità, soprattutto riguardo alla possibilità di garantire la certezza del diritto, specialmente nei casi che si prospettano maggiormente problematici a causa delle difficoltà di valutare obiettivamente l'atteggiamento psicologico del soggetto agente.

Parte della dottrina evidenzia che il carattere problematico di tale forma di imputazione soggettiva si manifesta con tutta la sua energia proprio in presenza di casi simili a quello che riguarda la responsabilità dell'amministratore delegato della Thyssen, vale a dire ipotesi delittuose addebitate a soggetti che, in ragione delle "caratteristiche personali" emerse in giudizio, da un lato, appaiono assai distanti dall'impersonare quell'atteggiamento di *indifferenza* o di-

⁹⁸ Cfr., nello stesso senso, F. CURI, *Tertium Datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003, 224.

⁹⁹ D'altronde, il riferimento all'intenzione, assunto come discrimine delle tre fondamentali tipologie di reato doloso, preterintenzionale e colposo, avvalorava l'espresso riferimento alla volontà, conducendo ad una interpretazione restrittiva della nozione penalistica del dolo: G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, 2 ed., Torino, 2012, 475. In questo senso, gli sforzi compiuti dalle frange più moderne della dottrina e della giurisprudenza di equiparare alla volontà in senso proprio atteggiamenti soggettivi più coerenti con la mera rappresentazione dell'evento lesivo, andrebbero scoraggiati. Autorevole dottrina sostiene una diversa prospettiva che riconosce apertamente che il dolo eventuale ha un «contenuto rappresentativo/volitivo differenziato (e non necessariamente eccezionale), che è una forma di dolo a sé stante e non semplicemente una specie del dolo. È già un fatto tipico, ha una tipicità oggettivo-soggettiva propria, insieme alla fattispecie di parte speciale integrata, prima di essere anche colpevolezza. Esso, perciò, appare attualmente (...) come una forma del tutto autonoma, un normotipo, con una sua tipicità e una colpevolezza distinte»: M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 79.

sprezzo nei confronti dei beni specificamente protetti dalle norme incriminatrici di riferimento largamente valutato quale carattere differenziale del c.d. *dolo minimo*¹⁰⁰, dall'altro, agiscono sulla base di "consapevolezze" che non consentono di escludere in capo all'agente la coscienza che l'evento lesivo scaturisca direttamente dalla propria azione od omissione. Nella vicenda che ci occupa, infatti, come già detto, le competenze specifiche dell'amministratore delegato in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro e, più specificamente, di misure di prevenzione e protezione dagli incendi, accompagnate dall'assenza di qualsivoglia potere decisionale riconosciuto ai collaboratori delegati in questo ambito, determina oscillazioni tra chi propende (come, d'altronde, la stessa Corte d'Assise di Torino) per la sussistenza del dolo eventuale e chi, invece, valuta che si tratti di una palese ipotesi di colpa con *previsione* dell'evento e ciò anche in ragione delle difficoltà di compiere valutazioni psicologiche sulla personalità dell'agente che, da un lato, non si espongono a ragionevoli dubbi e, dall'altro, resistano al vaglio dibattimentale.

Le più recenti proposte della dottrina – sottolineando la necessità di formulare, ai fini dell'imputazione a titolo di dolo eventuale, un giudizio sulla *natura del rischio* che il soggetto agente ha inteso correre (distinguendo il pericolo non consentito doloso da quello colposo) – hanno opportunamente chiarito che le due forme di responsabilità (il dolo e la colpa) sono diverse non solo sul piano della colpevolezza, ma già in sede di tipicità¹⁰¹. Nonostante ciò, il ricorso ad un giudizio che abbia ad oggetto la possibilità di rintracciare una *figura-modello*, cui commisurare la condotta concreta, non sembra in grado di offrire al giudice un ausilio valido per dirimere una volta per tutte i dubbi che possono sorgere nella ricostruzione dell'elemento psicologico del soggetto agente: siffatto giudizio presuppone, tra l'altro, il ricorso ad una complessa opera di bilanciamento, fondata sull'operatività di molteplici fattori tra loro eterogenei, fra cui il grado di probabilità del verificarsi della lesione e la contrapposta rilevanza sociale della condotta pericolosa tenuta dal soggetto¹⁰². Né può tacersi che il richiamo a concetti quali la *probabilità* o l'*indifferenza* rievoca tutte quelle obiezioni che tale costruzione dogmatica intendeva definitivamente superare¹⁰³.

Risulta, invece, maggiormente persuasiva la configurazione della colpa cosciente nelle ipotesi in cui il soggetto agente, pur comprendendo il significato teleologico della norma cautelare trasgredita nel caso concreto, non si adegui allo *standard* di diligenza dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*, nella convinzione di riuscire comunque a controllare lo sviluppo di quello specifico pericolo che la regola prudenziale intendeva evitare. Chi agisce con colpa cosciente, dunque, si rappresenta determinati fattori impeditivi o interruttivi del nesso causale, tali da indurlo a una valutazione erronea circa la possibilità del verificarsi del risultato offensivo¹⁰⁴. In questo senso, un indice *de iure condito* per la configurazione della responsabilità a titolo colposo, piuttosto che doloso, potrebbe essere considerato anche l'atteggiamento con cui l'agente *fa ingresso nel contesto pericoloso*: se, infatti, tutte le circostanze esterne confermano che l'agente ha usato la massima attenzione per impedire il verificarsi dell'evento dannoso, l'imputazione a titolo di colpa cosciente sembra essere la più adeguata. Ancora una volta, però, si tratta di criteri che difficilmente resistono al banco di prova della prassi applicativa, poiché la dimostrazione dell'atteggiamento interiore del soggetto agente, sebbene possa essere rafforzata da elementi esterni e oggettivi, in ipotesi del genere rimane un elemento di difficilissimo vaglio.

¹⁰⁰ A questo proposito cfr. G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit., 12 s., il quale sottolinea che sulla linea dell'orientamento in parola non soltanto si finisce con «l'affidare l'identificazione dell'elemento soggettivo a valutazioni etiche non di rado opinabili», ma si rischia di incorrere «nella possibilità di valutare anche *contra reum* quelle medesime note positive di personalità che dovrebbero, invece, per lo più far propendere per la tesi della colpa con previsione». Sul punto, cfr., altresì, G. DE VERO, *Il dolo e la preterintenzione*, in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo e Paliero, I, Torino, 2010, 195. In relazione alla specifica questione della reale esistenza sul piano strettamente psicologico dell'atteggiamento mentale posto a fondamento del costruito giuridico del dolo eventuale, v., specificamente, G. FIANDACA, *Appunti sul 'pluralismo' dei modelli e delle categorie di diritto penale contemporaneo*, in *La Corte d'Assise. Rivista quadrimestrale di scienze penalistiche integrate*, 1, 2011, 81 ss.

¹⁰¹ *Contra*, fra gli altri, G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1991, 26.

¹⁰² S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 304.

¹⁰³ Si pensi a casi come quelli che concernono la trasmissione del virus HIV per via sessuale con partner non informato: in ipotesi simili (come, del resto, nella vicenda che ci occupa), gli elementi da valutare per formulare il giudizio descritto potrebbero condurre a decisioni aprioristiche.

¹⁰⁴ Si tratta della nozione di colpa cosciente proposta da G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 146; ripresa anche da S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 299. Si pensi, ad esempio, al caso in cui un automobilista, pur avendo scorto in prossimità di un incrocio un bambino che cammina dando la mano alla madre, attraverso l'intersezione col semaforo rosso, ma a velocità non sostenuta; convinto di poter in tal modo gestire utilmente la situazione rischiosa: orbene, se in una simile ipotesi l'automobilista dovesse travolgere il fanciullo, sfuggito alla mano della madre, apparirebbe irrazionale parlare di dolo eventuale, risultando più congrua un'imputazione a titolo di colpa con previsione.

Alla luce delle osservazioni finora espresse, sembra opportuno ribadire che la verifica dei reati *dolosi* dovrebbe procedere prendendo le mosse proprio dalla loro caratterizzazione sul piano del disvalore oggettivo di azione¹⁰⁵. In altri termini, perché si configuri la responsabilità dolosa, anche solo a titolo di dolo “eventuale”, occorre, prima di tutto, individuare, sempre a livello di tipicità, la *condotta dolosa*. Per i reati dolosi d’evento, proprio perché il legislatore non ha ritenuto di puntualizzare espressamente le modalità della condotta tipica, è opportuno segnalare l’esigenza di un’interpretazione *restrittiva* della condotta penalmente rilevante, ovvero è necessario individuare «schemi d’identificazione in positivo del rischio giuridicamente riprovato» (e quindi della condotta tipica)¹⁰⁶.

Così facendo, già in sede di accertamento della tipicità sarà selezionare fatti *dolosi* (o *colposi*), operando una selezione utile soprattutto rispetto ai fatti di reato realizzati nel contesto di attività intrinsecamente pericolose, che da un punto di vista strettamente soggettivo si pongono al “confine” tra il dolo e la colpa. I dubbi sul titolo d’imputazione soggettiva del fatto al suo autore potrebbero, dunque, essere mitigati attraverso una più matura consapevolezza del contenuto autentico della *tipicità*.

Proprio al fine di individuare schemi d’identificazione in positivo del rischio giuridicamente riprovato (e quindi della condotta tipica), potrebbero essere valorizzati alcuni recenti sviluppi della moderna teoria dell’imputazione oggettiva dell’evento, largamente sostenuta nella dottrina internazionale, soprattutto in Germania e in Spagna. Alla base delle varianti più moderne di questa teoria, infatti, «sta l’idea che un evento può essere considerato il risultato della condotta attiva od omissiva di un soggetto solamente in quanto la condotta abbia creato (o aumentato) un pericolo giuridicamente riprovato e tale pericolo si sia anche effettivamente realizzato nel concreto prodursi dell’evento¹⁰⁷».

Così, una condotta suscettibile di comprimere o annullare i «margini di autodeterminazione, di assunzione consapevole o comunque di controllo personale di una determinata situazione di rischio in capo al soggetto passivo», supportata, sul piano psicologico, dall’accettazione del rischio della verifica dell’evento lesivo da parte del soggetto agente, si candida ad essere ricondotta ad un’imputazione a titolo di reato doloso nella forma eventuale; il medesimo atteggiamento psicologico rapportato ad una condotta che si esaurisce nella violazione di un dovere di cautela nell’esercizio di un’attività intrinsecamente pericolosa tuttavia consentita, farà, invece, propendere per un addebito di responsabilità a titolo colposo, *sub specie* di colpa cosciente¹⁰⁸.

In altre parole, laddove siano ravvisabili i tratti di un rischio tipicamente doloso, vale a dire di una *condotta intollerabilmente aggressiva e restrittiva degli spazi di autodeterminazione e controllo di situazioni di pericolo per le potenziali vittime*, sarà riconoscibile il dolo eventuale; diversamente, laddove l’agente abbia trasgredito una regola precauzionale di condotta nell’ambito di una attività intrinsecamente rischiosa ma lecita, ricorrerà la colpa cosciente.

A parere di chi scrive, *de iure condito*, questa appare una prospettiva interpretativa senz’altro ancora percorribile, soprattutto, perché restando coerente con i principali postulati di teoria generale del reato, offre un valido ausilio per tentare di superare annose problematiche da sempre studiate in relazione alla struttura (ed alle forme) del dolo e risolte soltanto sul piano

¹⁰⁵ Così M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 94, nel rispetto della concezione tripartita del reato, rimarca che il dolo e la colpa rilevano sia componenti soggettive/psicologiche e tratti modali e comportamentali della *condotta tipica*, sia a livello di *colpevolezza*. Su questa linea, l’Autore afferma che il dolo ha una “doppia posizione sistematica”, che indizia una maggiore gravità del fatto (illecito) e della colpevolezza, rispetto alla corrispondente realizzazione colposa» (Corsivo di chi scrive).

¹⁰⁶ G. DE VERO, *Disvalore d’azione e imputazione dell’evento in un’aggiornata ricostruzione separata dei tipi criminosi*, in *Sudi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1522; ID., G. DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2015, p. 77 s., laddove l’Autore rimarca che l’unico criterio idoneo a fornire una chiara distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente può ravvisarsi nel più grave disvalore oggettivo della condotta dolosa, che, in quanto rappresentato e voluto dall’agente, aggrava anche la sua colpevolezza. Egli evidenzia altresì la necessità di un riconoscimento normativo della fattispecie, con previsione sanzionatoria adeguata ad una collocazione intermedia tra dolo in senso proprio e colpa.

¹⁰⁷ M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., *Sub Art.* 41/21, 404, cui si rinvia anche per la copiosa bibliografia internazionale.

¹⁰⁸ Così, G. DE VERO, *Corso*, cit., 492.

della colpevolezza¹⁰⁹.

Malgrado le interpretazioni più evolute e gli approfondimenti più coerenti, residua pur sempre il dubbio circa l'opportunità di continuare a riconoscere alla figura soggettiva del dolo eventuale "dignità" autonoma rispetto alla colpa cosciente. Tale perplessità si nutre non soltanto della storia del diritto penale dell'ultimo secolo, la quale ha conosciuto il proliferare di forme di dolo e colpa, differenziate sulla base di diversi livelli di volizione, rappresentazione, prevedibilità ed evitabilità, ma, soprattutto, dell'esigenza profonda di non trascurare i cardini su cui deve reggersi un sistema penale moderno, attento tanto al rispetto del principio costituzionale della personalità della responsabilità penale, inteso nel suo significato più ampio e rispettoso delle garanzie e delle libertà individuali, quanto alla certezza del diritto, valutata (anche) in termini di uniformità e coerenza del trattamento sanzionatorio.

8. Gli indicatori del dolo eventuale proposti dalle Sezioni Unite: rilievi conclusivi.

L'indagine eseguita sinora induce a prendere posizione sulla reale utilità (e/o correttezza) degli "indicatori sintomatico-probatori" del dolo eventuale evidenziati dalle Sezioni Unite nella motivazione sulla sentenza Thyssen.

Dalla descrizione del quadro teorico che fa da sfondo alla giurisprudenza italiana si evince che la questione sostanziale della linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente discende dall'incertezza che caratterizza la *prova* dell'elemento psicologico: trattandosi di un requisito che non può essere verificato in via diretta, richiede inevitabile il ricorso ad elementi oggettivi¹¹⁰. In altre parole, quale che sia la formula prescelta, l'accertamento del criterio di imputazione soggettiva resta rimesso al ragionamento intuitivo; da qui, la necessità di elaborare "indicatori" in grado di orientare l'interprete che si trovi a dovere compiere l'impegnativa scelta¹¹¹.

Come segnalato in precedenza¹¹², il primo *indice* valorizzato nella motivazione della sentenza Thyssen è «negli ambiti governati da discipline cautelari, la lontananza dalla condotta *standard*»: qui il perimetro delle cautele sarà dato dalle autorizzazioni e dagli eventuali valori soglia previsti dalla legge. Sembra quasi intuitivo che scarti non notevoli o modalità non marcatamente (e/o frequentemente) difformi dallo *standard* orientino, ricorrendone i requisiti, verso l'imputazione colposa¹¹³.

Questo indicatore implica il riferimento a parametri obiettivi di giudizio, pertanto, reca con sé il rischio di oggettivare la figura del dolo eventuale, comportando inevitabilmente giudizi di valore: «(...) in quest'ottica, il dolo si de-psicologizza e tende ad assumere un'impronta normativo-valutativa¹¹⁴».

Il secondo indice è la «*durata e ripetizione della condotta*»: questo aspetto si presta a valutazioni differenti a seconda delle fattispecie da valutare e rischia di causare pericolosi automatismi (non sempre coerenti con il disvalore del fatto). Certamente, potrebbe essere valorizzato ai fini dell'affermazione del dolo eventuale, nel caso di regole di condotte quotidiane, che si protraggono per lungo tempo, in ambiti monitorati o dotati di forme di osservazione privile-

¹⁰⁹ *De lege ferenda* sarebbe, piuttosto, raccomandabile «l'attribuzione al dolo eventuale di una valenza attenuante speculare al rilievo aggravante della colpa cosciente ex art. 61 n. 3 c.p. (...) [Cosi] si dovrebbe prevedere una riduzione della pena per "avere, nei reati dolosi, agito accettando il rischio di causare l'evento»: G. DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione separata dei tipi criminali*, in Studi Romano, vol. II, Napoli, 2011, 915. Ciò anche al fine di evitare di incorrere nella valutazione secondo cui il dolo eventuale «è costruzione giurisprudenziale, non essendo previsto come tale dal codice penale»: Così Cass., Sez. I, 1 aprile 2008, S., in *dejure.giuffre.it*. *Contra*, S. CANESTRARI, *op. cit.*, 322 s., il quale non ritiene opportuna la creazione di una tale attenuante e propone l'abrogazione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 3 c.p., con innalzamento dei massimi edittali delle fattispecie colpose, oppure l'estensione della stessa ad ogni ipotesi di colpa "con rappresentazione".

¹¹⁰ A questo proposito, chiarisce che le incertezze della prassi sul dolo eventuale sono legate alla "gestione processuale delle formule teoriche": M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 70 ss. Sul punto v. G.P. DEMURO, *op. ult. cit.*

¹¹¹ Evidenzia il carattere insidioso di un'interpretazione legata ad un catalogo, sebbene aperto, di indicatori: I. PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen, 2014, p. 48 ss., la quale afferma che «allo stesso indicatore del dolo, come ad esempio dell'azione pericolosa del reo per la vita [della vittima], viene attribuito, in un caso, valore determinante e, in altri casi gli viene attribuito il significato di preliminare elemento indicativo facilmente confutabile»: traduzione a cura di M. DOVA, *Un dialogo immaginario con la giurisprudenza tedesca sui confini del dolo. In tema di omicidio e "soglia di inibizione"*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2015, nt. 31.

¹¹² Per una puntuale indicazione del catalogo di indicatori descritto dalle Sezioni Unite, v., *supra*, § 3.

¹¹³ C. RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, in *Dir. pen. cont.*, 19 gennaio 2015, 19.

¹¹⁴ G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 4., 1949.

giate¹¹⁵.

Tale segnale, insieme alla «*personalità, alla storia e alle precedenti esperienze dell'imputato*»¹¹⁶, oltre che alla «*condotta successiva al fatto*»¹¹⁷ ed al suo «*fine*»¹¹⁸ consentirebbe di valorizzare la componente volitiva in cui consiste la differenza profonda tra dolo eventuale e colpa cosciente. Perché sussista il dolo eventuale, infatti, deve essere effettuato un accurato esame di tutte le circostanze fattuali (oggettive e soggettive) del caso concreto, che possono mettere in dubbio l'inferenza di questa forma del dolo¹¹⁹.

Quanto alla «*probabilità di verifica dell'evento*», si tratta, ancora una volta, di un requisito incerto, ancorato alla percezione, di volta in volta, posseduta dal soggetto agente¹²⁰.

L'indagine sulle «*conseguenze negative anche per l'agente in caso di verifica dell'evento*» implica la valutazione di elementi eterogenei, poiché dovrà orientarsi sulla base del rango dei beni/interessi offesi nel caso concreto. Tale apprezzamento dipenderà dalla proporzione fra gli interessi in gioco e, di conseguenza, dovrà essere compiuto tenendo conto della gerarchia di valori dell'agente concreto e non dell'uomo medio¹²¹.

Il riferimento al «*contesto lecito o illecito di base*», poi, richiama l'idea che dolo e colpa siano elementi, innanzitutto, della tipicità. Come sopra evidenziato, però, l'accoglimento di tale suggestione induce a riconoscere che sia la «*qualità*» del rischio sotteso alla condotta a connotare il dolo o la colpa, concretandosi il dolo nell'accettazione di un rischio che l'agente modello non avrebbe mai preso in considerazione¹²². Né va sottovalutato il pericolo di un uso spregiudicato di questo indicatore che potrebbe condurre ad autentici «*giudizi per tipo d'autore*».

La verifica circa «*la razionalità di certi atteggiamenti*» è un dato ambiguo che può condurre a conclusioni discutibili, ad esempio, nel caso di condotte «*seriali*», vale a dire condotte che si realizzano in lunghi lassi di tempo e, nell'immediatezza, non producono danni esteriormente apprezzabili¹²³.

Il giudizio «*controfattuale alla luce della prima formula di Frank*» è il criterio considerato più significativo dalle stesse Sezioni Unite, nonostante implichi una valutazione essenzialmente ipotetica, fondata su un quesito la cui risposta spesso sfugge perfino al reo¹²⁴.

Tra l'altro, in diversi casi, la prima formula di Frank dovrebbe «*mettere sulla bilancia*» un profitto ingente sul breve-medio termine contro un prezzo da pagare lontano, quand'anche in ipotesi certo. Insomma, il controfattuale, in molti casi, si rivela di difficile lettura anche per gli

¹¹⁵ Si pensi, ad esempio, ai delitti di inquinamento gravi idonei a mettere in pericolo l'incolumità pubblica: C. RUGA RIVA, *op. cit.*, 19.

¹¹⁶ Con particolare riferimento ai reati ambientali, Carlo Ruga Riva evidenzia che, in taluni casi, si tratta condotte di inquinamento tollerate, non percepite come illecite neppure dagli organi di controllo; in altre ipotesi, invece, si possono avere precedenti condanne per reati di settore (per es. nel caso Ilva): C. RUGA RIVA, *op. cit.*, 19.

¹¹⁷ Le Sezioni Unite fanno riferimento ai reati a consumazione istantanea; nei reati ambientali, di natura prevalentemente permanente, il post fatto è spesso inquadrato nel reato di omessa bonifica: C. RUGA RIVA, *op. ult. cit.*

¹¹⁸ In tema di reati ambientali, occorre operare una distinzione: «vi sono casi di inquinamento «*diretto e puntuale*» in contesti totalmente illeciti: si pensi allo sversamento clandestino di tonnellate di rifiuti tossici e nocivi in terreni agricoli o in fiumi. In questi casi il fine della condotta è sì il profitto, ma l'inquinamento è la conseguenza necessaria, diretta della condotta, il prezzo che si decide di far pagare (all'ambiente e alla incolumità pubblica); siamo nel campo del dolo diretto, più che di quello eventuale. In altri casi (contesto lecito di base, meri scostamenti non notevoli dai valori-soglia o dalle modalità di emissione) il fine della condotta è quello della produzione, e sullo sfondo del profitto; il dolo eventuale, in base a questo singolo indicatore, sarà tendenzialmente da escludere»: C. RUGA RIVA, *op. cit.*, 19 s.

¹¹⁹ In questo senso, nella dottrina tedesca, C. ROXIN, *Zur Normativierung*, 247. Nella giurisprudenza d'oltralpe si valorizza la teoria della soglia d'inibizione (v., *supra*, § 3) e la costruzione del dolo differenziata per tipi di illecito. La teoria non si attaglia a fattispecie poste a tutela di beni giuridici di rango inferiore alla vita, come, ad esempio, l'integrità fisica. Quando, invece, si trova ad applicare fattispecie incriminatrici poste a tutela di interessi patrimoniali, il *Bundesgerichtshof* assume una concezione del dolo prevalentemente «*normativa*»: M. DOVA, *op. cit.*, 16 s.

¹²⁰ Puntuali rilievi critici all'orientamento da cui discende il criterio in parola sono formulati *supra*, § 4. Nella materia dei reati ambientali, ad esempio, avrà rilevanza innanzitutto l'ampiezza (e la frequenza) dello scarto rispetto ai valori soglia o alle modalità di emissione autorizzate. Con la conseguenza che non si darà né colpa cosciente né dolo eventuale laddove le emissioni rimangano entro i valori soglia, e viceversa l'ipotesi di dolo eventuale aumenterà con il crescere dello sforamento dal limite del rischio consentito: C. RUGA RIVA, *op. cit.*, 20.

¹²¹ Nei reati ambientali, ad esempio, risulta difficile valorizzare le conseguenze negative legate ai danni economici e di immagine connessi agli inquinamenti, dato che la loro scoperta e il loro perseguimento sono tutt'altro che prevedibili, specie nel breve-medio periodo: C. RUGA RIVA, *op. cit.*, 20. A conclusioni opposte, invece, si tenderà nella prevalenza dei casi che integrino reati contro la persona.

¹²² M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 82, il quale sottolinea che «l'uomo (ir-)ragionevole (come anche il rischio irragionevole) è parametro della colpa, non del dolo. Nel dolo può valere come indizio, insieme a vari altri».

¹²³ Nei delitti ambientali, ad esempio, le emissioni si realizzano nell'arco di anni, senza apparenti gravi danni per l'incolumità pubblica né interventi della pubblica amministrazione e ciò potrebbe far propendere per la non adesione all'evento pericoloso: C. RUGA RIVA, *op. cit.*, 20.

¹²⁴ V., *supra*, § 4. Sul punto, v. G. GENTILE, «*Se io avessi previsto tutto questo...*». *Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013. *Contra*, M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 101 ss., il quale segnala il valore ermeneutico di tale formula, che va intesa come strumento ricognitivo ed ausiliario da utilizzare insieme ad altri nell'analisi del processo motivazionale che indotto il soggetto ad agire.

studiosi più acuti¹²⁵.

Non sembra neppure così scontato che tra le circostanze soggettive possano rilevare gli stati emotivi: si tratta di accertare un elemento della sfera interna – la volontà (indiretta) dell'evento – attraverso atteggiamenti interiori come, ad esempio, la speranza, anch'essa inaccessibile alla percezione diretta¹²⁶.

Tutto ciò premesso, uno dei *leitmotiv* della sentenza delle Sezioni Unite è l'importanza della dimensione dell'accertamento del dolo eventuale che «pur essendo analiticamente distinto dalla struttura e dall'oggetto della fattispecie, tende a compenetrarvi e ad assumere un ruolo concreto e cruciale», da qui, la fondata perplessità che il modello di dolo eventuale tratteggiato dalle Sezioni Unite possa «essere ricondotto ad una impostazione di tipo tendenzialmente “proceduralista” o, comunque, di strettissima compenetrazione tra dimensione sostanziale e dimensione processuale: fino al punto di ipotizzare che gli indicatori utilizzati ai fini della verifica processuale entrino a far parte (...) dello stesso dolo eventuale inteso (...) come concetto “disposizionale”¹²⁷».

Alla luce dei rilievi formulati, sembra quasi retorico tornare a domandarsi se, a seguito della poderosa sentenza Thyssen, la linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente possa dirsi finalmente tracciata in modo nitido; l'impressione è di essere (ancora) di fronte ad un circolo vizioso che non ha nessuna possibilità di essere sciolto se non per via normativa attraverso soluzioni eterogenee.

Il dolo eventuale è l'elemento psicologico più ricco di connotazioni normative; per contro, la colpa cosciente è l'elemento di imputazione normativa più ricco di connotazioni autenticamente psicologiche: qui risiede la difficoltà evidenziata nel corso del tempo dalla natura fallace di tutti i criteri discretivi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza al fine di distinguerne i confini senza il rischio di far confluire il dolo eventuale nella colpa cosciente e viceversa. Come si evince dai rilievi sopra esposti, anche le più moderne teorie fondate sulla ricerca di un elemento autenticamente volitivo nel dolo eventuale (la teoria del *consenso* e la correlata prima formula di Frank; la teoria della *ragionevole/irragionevole speranza* di verifica dell'evento; la teoria dell'*indifferenza* che in alcune varianti della dogmatica penalistica tedesca diventa addirittura teoria della *rassegnazione* alla prospettiva di verifica dell'evento), si sono rivelate fallaci, da un lato, perché correlate alla tentazione diabolica dell'indagine sulla *Gesinnung* del reo, dall'altro, poiché hanno bisogno di riscontri ulteriori per poter essere concretamente utilizzate nella dimensione processuale. Queste formule ulteriori, però, rischiano di sostituire alla doverosa indagine sull'atteggiamento psicologico *reale* del soggetto valutazioni sull'atteggiamento psicologico *ipotetico*. Da qui la necessità di utilizzare riscontri controfattuali, non sempre perspicui, in grado di dare succo e sangue all'indagine sul dolo eventuale nella sua componente volitiva, che non è sempre scevra (anche) da connotazioni emotive¹²⁸.

Sull'onda del caso Thyssen, l'interprete non può fare a meno di domandarsi fino a che punto gli indici di contestualizzazione del dolo eventuale non si presteranno a diventare, a loro volta, la chiave di volta per affermare, anche in rapporto allo stesso caso concreto, ora la sussistenza del dolo ora quella della colpa.

In altri termini, il circolo vizioso sopra denunciato non sembra risolvibile: o – in linea con la giurisprudenza prevalente – si rimarca la necessità di distinguere le due forme di elemento soggettivo, denotando l'indagine sul coefficiente psicologico di appigli esterni, o si rinuncia

¹²⁵ Un'applicazione rigorosa della prima formula di Frank conduce alla configurabilità del dolo eventuale nei soli casi in cui il livello statistico del rischio riferibile *ex ante* alla condotta generatrice dell'evento sia particolarmente elevato. Così, L. EUSEBI, *Verso la fine del dolo*, cit., 125, nonostante la postulata adesione, *de iure condito*, alla formula in parola, quale unico criterio dirimente.

¹²⁶ Cfr. G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 4., 1947-1948.

¹²⁷ G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*, cit., 1947-1948. In conclusione, l'Autore, non solo suggerisce un uso giudiziale assai parsimonioso di tale strumento, ma segnala la non peregrina provocazione/proposta di eccipere l'incostituzionalità del dolo eventuale «proprio facendo leva sulla scarsa afferrabilità empirica»; sulla stessa linea di quelle dichiarazioni di incostituzionalità che, in passato, hanno avuto ad oggetto la «proclività a delinquere» come forma di pericolosità sociale o il reato di plagio [1952].

¹²⁸ Condivisibile a questo proposito la preoccupazione segnalata da I. Puppe, la quale segnala che «un accertamento basato sulla complessiva valutazione di tutte le circostanze fattuali del caso concreto conduca ad una giurisprudenza affidata alle emozioni»: I. PUPPE, *Tötungsvorsatz und Affekt - Über die neue Rechtsprechung des BGH zum dolus eventualis in Bezug auf den möglichen Todeserfolg bei offensichtlich lebensgefährlichen Gewalthandlungen*, 186, trad. a cura di M. DOVA, *op. cit.*, 17, nt. 55.

definitamente a cercarla approdando a un *tertium genus* di responsabilità colpevole¹²⁹. La scelta del *tertium genus* consentirebbe, in particolare, di risolvere il problema della “meritevolezza di pena” delle singole condotte, tenuto conto dello iato che, sul piano sanzionatorio, caratterizza le due forme di imputazione soggettiva.

Allo stato, l'estensione del dolo eventuale ai contesti di base leciti sembra cedere inesorabilmente alla tentazione di plasmare l'elemento soggettivo a seconda delle esigenze di prevenzione generale e di “esemplarità sanzionatoria” diffuse nella collettività¹³⁰. *Rebus sic stantibus*, sembra opportuno rimarcare che l'auspicata interpretazione restrittiva del dolo eventuale ha bisogno di rendere esplicita la propria «diversa moralità», ossia «una moralità che arriva ad accettare la non punizione di fatti non incolpevoli, per ragioni ritenute prevalenti¹³¹». Non dovrebbe essere necessario rammentare che il nostro sistema penale si regge su canoni di garanzia e proporzione che trovano traduzione giuridica, in primo luogo, nei principi di colpevolezza e uguaglianza. Per queste ragioni, tutte le forme di dolo *devono* incorporare un disvalore qualitativamente accostabile alla forma base, ravvisabile nel dolo intenzionale; devono cioè incorporare una conoscenza sufficientemente definita del fatto delittuoso, quale conseguenza della propria condotta¹³². «Quale che sia l'estensione del penale, la moralità della scelta legislativa sul *limes* del dolo si lega alla ricerca di una giusta proporzione, elemento fondamentale di un diritto penale ragionevole, prima ancora che liberale¹³³».

L'interprete non può (e non deve) sostituirsi al legislatore; quest'ultimo, infatti, è l'unico legittimato a rimediare alle discrasie – opportunamente segnalate e approfondite dagli operatori del diritto – senza pregiudicare le garanzie di legalità sancite dalla Carta Costituzionale¹³⁴. In particolare, l'attenzione del dibattito parlamentare dovrebbe essere tesa a ricostruire la coerenza interna tra reati e sanzioni, anche alla luce delle sollecitazioni generalpreventive e di stigmatizzazione simbolica¹³⁵ diffuse, soprattutto, nei casi legati alla posizione di garanzia di determinati soggetti, rispetto a forme di responsabilità per fatti di reato realizzati in concorso con terzi.

¹²⁹ A questo proposito, sia consentito il rinvio a S. RAFFAELE, “La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso *Thyssen*”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 3, 1077 ss. Per una apprezzabile proposta *de iure condendo*, alla luce di un'accurata indagine comparatistica, v. F. CURI, *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003. *De lege ferenda*, suggerisce una definizione del *dolus eventualis*, che potrebbe essere prevista nel corpo dello stesso art. 43 c.p., «così da rimarcare la distinzione tra la responsabilità dolosa “indiretta” e quella colposa»: S. CANESTRARI, *Dolus eventualis in re licita: limiti e prospettive*, in *Il “mistero” del dolo eventuale. Scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012*, Torino, 32-33. Propende per la c.d. terza forma di imputazione soggettiva anche A. MANNA, *È davvero irrisolvibile il “mistero” del dolo eventuale?*, in *Il “mistero” del dolo eventuale*, cit., 175 ss.

¹³⁰ Si pensi alla Proposta di legge popolare ex art. 71, comma 2, Cost. (artt. 7, 8, 48 e 49 l. 25 maggio 1970, n. 352, e art. 14, comma 1, l. 21 marzo 1990, n. 53) in materia di “omicidio e lesioni stradali” presentata dall'Associazione Lorenzo Guarnieri di Firenze e orientata a collocare la nuova fattispecie dopo l'omicidio doloso (art. 575-bis), non come forma di omicidio colposo aggravato. Con riferimento alla necessità di rimarcare che la differenza tra dolo e colpa non dipende dalla prevenzione generale, che «rimane (...) estranea a un discorso tecnico-giuridico in sede applicativa»: M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi Coppi*, vol. II, Torino, 2011, 907 ss.; Id., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1183 ss.

¹³¹ D. PULITANÒ, *I confini del dolo*, cit., 27.

¹³² Il dato normativo (e la coerenza del sistema) impongono, ove si voglia punire a titolo doloso la causazione di un evento non voluto, il cui prodursi non sia *ex ante* certo, di riscontrare in capo all'autore il medesimo stato psicologico che è presente nel dolo diretto; in altre parole, deve essere provato che il soggetto fosse *ex ante* disposto a perseguire i suoi fini anche pagando il prezzo costituito dal prodursi dell'evento offensivo. Cfr. L. EUSEBI, *Verso la fine del dolo*, cit., 124 ss., il quale, su questa linea, sollecita, l'adozione di un sistema preventivo imperniato, nei contesti diversi da quelli che caratterizzano il dolo intenzionale, sul controllo pregresso delle condotte pericolose.

¹³³ D. PULITANÒ, *op. loc. ult. cit.*

¹³⁴ Auspica un “discorso comune”, comprensivo delle riflessioni di tutti gli studiosi e gli operatori del diritto: G.A. DE FRANCESCO, *L'enigma del dolo eventuale*, in *Il “mistero” del dolo eventuale. Scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012*, Torino, 172-173. In questa prospettiva, e con particolare riferimento alla questione del dolo eventuale, invita ad ampliare lo sguardo critico anche agli approfondimenti offerti dalle neuroscienze G. FIANDACA, *Appunti*, cit., 83 ss.; Id., *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*, cit., 1951, tenuto conto che i maggiori contributi scientifici mettono in crisi il tradizionale concetto di “coscienza”, sottolineando che in esso sono ricomprese componenti indefinite ed eterogenee, di tipo percettivo, emotivo, linguistico, etc., di conseguenza, coscienza e volontà non potrebbero essere considerate entità psichiche sceve da componenti affettivo – emotive che, invece, co-determinano i processi decisionali, considerati prodotto del sé. Quanto all'apporto delle neuroscienze, ulteriori contributi scientifici hanno in parte spiegato quali sistemi neurali si attivino quando riceviamo informazioni sensoriali ed al tempo stesso pianifichiamo e progettiamo le nostre azioni, restano, però, a tutt'oggi, evidenti interrogativi sullo stesso concetto di *coscienza*, mai così poco univoco come nel mondo scientifico contemporaneo, ma certamente più articolato di come lo si intendeva fino a poco tempo fa. Ciò pone, da un lato, l'esigenza di un'interpretazione meno riduttiva della *coscienza*, dall'altro, chiari interrogativi sulla sua complessità. Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale cfr., O. DI GIOVINE, voce *Neuroscienze (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, 711; Aa. Vv., *Diritto penale e neuroetica*, Atti del Convegno 21-22 maggio 2012, Università degli Studi di Foggia, a cura di O. Di Giovine, Padova, 2013; C. GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1249. In tema, v. anche S. BLACKMORE, *Coscienza*, Torino, 2007; A. DAMASIO, *Il sé viene alla mente. La costruzione del cervello cosciente*, Milano, 2010; A. LAVAZZA – L. SAMMICHELI, *Il delitto del cervello. La mente tra scienza e diritto*, Torino, 2012; I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, Milano, 2012.

¹³⁵ Sul punto, v. G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit., 153.