

ARCHIVIO PENALE

*Rivista europea di diritto, procedura penale,
ordinamento giudiziario e leggi speciali
fondata da Remo Pannain*

RIVISTA QUADRIMESTRALE

Condirettori

ALFREDO MOLARI

Professore ordinario f.r. di Procedura penale
nell'Università di Padova

PIERO GUALTIERI

Professore ordinario di Procedura penale
nell'Università di Urbino

FABRIZIO RAMACCI

Professore ordinario di Diritto penale
nell'Università di Roma "La Sapienza"

ADOLFO SCALFATI

Professore ordinario di Procedura penale
nell'Università di Roma "Tor Vergata"

Comitato scientifico

IVO CARACCIOLI

Professore ordinario f.r. di Diritto penale
nell'Università di Torino

MARIAVALERIA DEL TUFO

Professore ordinario di Diritto penale
nell'Università "Suor Orsola Benincasa"

GIULIANO BALBI

Professore ordinario di Diritto penale
nella II Università di Napoli

GIORGIO SPANGHER

Professore ordinario di Procedura penale
nell'Università di Roma "La Sapienza"

PAOLO TONINI

Professore ordinario di Procedura penale
nell'Università di Firenze

GIULIO GARUTI

Professore ordinario di Procedura penale
nell'Università di Modena

LEONARDO FILIPPI

Professore ordinario di Procedura penale
nell'Università di Cagliari

CARLO GUARNERI

Professore ordinario di Ordinamento giudiziario
nell'Università di Bologna

MARIE-ELISABETH CARTIER

Professore di Diritto penale
nell'Università "Panthéon-Assas II" di Parigi

Direttore responsabile

GUSTAVO PANSINI

Professore ordinario f.r. di Procedura penale
nell'Università di Roma "Tor Vergata"

JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA

Professore di Diritto penale e Preside
della Facoltà di Giurisprudenza nell'Università di Coimbra

VICTOR MORENO CATENA

Professore di Procedura penale
nell'Università "Carlos III" di Madrid

JOSÉ ANTONIO BARREIROS

Professore di Procedura penale nell'Università di Lisbona

JOHN A.E. VERVAELE

Cattedratico di Diritto penale europeo
nell'Università di Utrecht

Comitato di direzione

TERESA BENE

Professore associato di Procedura penale
nella II Università di Napoli

FILIPPO DINACCI

Professore associato di Procedura penale
nell'Università di Bergamo

CARLA PANSINI

Professore associato di Procedura penale
nell'Università del Molise

FABRIZIO SIRACUSANO

Professore associato di Procedura penale
nell'Università di Catania

CRISTIANA VALENTINI

Professore associato di Procedura penale
nell'Università di Ferrara

CRITINA MAURO

Professore di Procedura penale
nell'Università "Panthéon-Assas II" di Parigi

IGNACIO FLORES PRADA

Professore di Procedura penale
nell'Università "Pablo de Olavide" di Siviglia

Comitato di redazione

Remo Pannain, Antonietta Confalonieri, Flavio Argirò,
Antonio Barba, Federico Bisceglie, Orietta Bruno,
Daniele Cenci, Marco D'Agnolo, Alessandro Diddi,
Andreana Esposito, Alessandro Fabbri, Ada
Famiglietti, Mauro Gualtieri, Rosa Maria Geraci,
Alessandra Gualazzi, Antonio Marino, Roberto Puglisi,
Guido Picciotto, Mariaivana Romano, Diletta Servi

ARCHIVIO PENALE

*Rivista europea di diritto, procedura penale,
ordinamento giudiziario e leggi speciali
fondata da Remo Pannain*

RIVISTA QUADRIMESTRALE

Direzione e Redazione

Università di Roma "Tor Vergata"
Dipartimento di Diritto Pubblico
via Bernardino Alimena, 5
00173 Roma
06 72592464

Condizioni di acquisto

— 80,00 euro abbonamento
— 30,00 euro fascicolo singolo

Per ordini

telefax: 06 93781065
e-mail: info@aracneeditrice.it
online: www.aracneeditrice.it
Skype: aracneeditrice

Modalità di pagamento

c/c postale 40002388
contrassegno postale
carta di credito (acquisto online)

Editore

Aracne editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 A/B
00173 Roma
(06) 93781065

*I diritti di traduzione, di memorizzazione
elettronica, di riproduzione e di adattamento
anche parziale, con qualsiasi mezzo, sono
riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: XXX 2009

ISBN 978-88-548-XXXX-X
ISSN 0004-0304

Indice

DOTTRINA

La ragionevole durata del processo: dalla enunciazione astratta alla devastazione quotidiana GUSTAVO PANSINI	9
Il polimorfismo dell'inchiesta preliminare TERESA BENE	29
Considerazioni su dolo eventuale e colpa cosciente in materia di circolazione stradale GIANLUCA RUGGIERO	43
I terroristi: criminali o nemici? FRANCESCA ROMANA FULVI.....	75

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

Cass., Sez. VI, 29/05/08, con nota M. Piccardi	95
Cass., Sez. Un., 23/12/08, con nota R. Puglisi	103

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

<i>Gabriella Di Paolo e Michele Bonetti</i> ANTONIO BARBA	113
<i>Cristiana Valentini</i> MARIAIVANA ROMANO	117

Considerazioni su dolo eventuale e colpa cosciente in materia di circolazione stradale

GIANLUCA RUGGIERO

SOMMARIO: 1. Premessa. Sulla permanente vitalità della “Formula di Frank”. – 2. Impossibilità di superare la nozione legislativa di delitto doloso e di graduare l’elemento della rappresentazione secondo un criterio quantitativo. – 3. Le interrelazioni fra rappresentazione e volizione dell’evento nella ricostruzione del dolo eventuale. – 4. Si criticano quelle tesi che risolvono il dolo eventuale nel dolo di pericolo e nella preterintenzione. – 5. Sulla configurabilità del dolo in relazione alle condotte “neutre” della circolazione stradale. – 6. Rappresentazione del rischio *versus* rappresentazione dell’evento. – 7. La problematica squisitamente processuale del dolo eventuale. Al di là dell’“oltre ragionevole dubbio”.

1. *Premessa. Sulla permanente vitalità della “Formula di Frank”.* – Si è assistito negli ultimi tempi ad un incremento — con importanti riflessi anche nella cronaca giudiziaria — della casistica riguardante fatti coinvolgenti soggetti del tutto estranei a quello che potrebbe definirsi, in linea assolutamente generica, un “piano criminoso”.

Se, infatti, da un lato, l’individuazione dell’evento rappresentato come probabile o possibile differisce nettamente da quei casi nei quali si ha dolo eventuale quando l’agente si rappresenta come probabile un evento collaterale rispetto a quello direttamente preso di mira, in materia di circolazione stradale vi è di regola la rappresentazione in termini positivi di una pluralità di eventi, per cui risulta in definitiva più complesso tracciare una linea di demarcazione fra dolo eventuale e colpa cosciente.

Se, come noto, la differenza insuperabile fra il dolo eventuale e la colpa con previsione riposa sulla non volontà dell’evento che caratterizza il secondo atteggiamento psicologico, le teorie dell’accettazione del rischio si rivelano insufficienti a rendere conto di ciascuna delle realtà, rendendosi necessario, di volta in volta, affiancarvi costruzioni di rinforzo che

cercano, fra l'altro, un punto compromissorio fra le teorie della volontà e quelle della rappresentazione e tra cui spicca, per la grande fortuna che ha riscosso in seno alla dottrina italiana e straniera, la c.d. "Formula di Frank": vi sarà dolo se si può provare che il soggetto avrebbe agito anche se avesse saputo con certezza che l'evento si sarebbe verificato; se invece si accerta che il soggetto si sarebbe astenuto dall'agire allora si avrà colpa con previsione¹.

I limiti di questa tesi, che pure affiora come un fiume carsico situandosi alla base di importanti pronunce giurisprudenziali, sono stati individuati nell'impossibilità di stabilire con certezza se il soggetto si sia determinato comunque all'agire: sia nel dolo eventuale che nella colpa cosciente v'è in ogni caso un'accettazione del rischio²; e, soprattutto, perché consentirebbe al giudice un'indagine sulla personalità dell'agente ritenuta lesiva della sua dignità.

Vero è però che, a una giurisprudenza di legittimità stereotipa, si contrappone una messe consistente di decisioni di merito che, pur sempre insistenti sulla formula dell'accettazione del rischio, ampliano di molto lo spettro d'indagine sino ad abbracciare le caratteristiche personali dell'imputato³.

L'estensione così operata muove dall'esigenza non confessata di arricchire il materiale probatorio, per sua natura scarno, privo di riferimenti oggettivi quando si tratta di accertare un elemento psicologico come il dolo, il quale, a differenza della colpa, non ha agganci empirici e/o normativizzati, ma si accerta facendo riferimento alle regole dell'esperienza che un uomo di media avvedutezza rinviene nei comportamenti umani.

Si opera, in tal guisa, una "contestualizzazione" del momento soggettivo del reato facendo riferimento alle circostanze più diverse, sino alla personalità dell'agente che, con l'accertamento del dolo, poco o nulla ha a che vedere.

¹ Nella dottrina italiana cfr., per tutti, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, 2003, p. 284; G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, V ed., Bari 1996, p. 148; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia 1993, pp. 43 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Milano 2006, p. 254; problematicamente, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino 2008, p. 312. Sulla "Formula di Frank" cfr., per ulteriori citazioni, G. CERQUETTI, voce "Reato doloso", in *Digesto disc. pen.*, vol. IV agg., 2008, p. 975.

² Cfr. S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, VI ed., Barcelona 2002, p. 260.

³ In posizione critica, adesso, verso la teoria dell'accettazione del rischio, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna 2007, p. 361; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, vol. I, Padova 2007, pp. 325 ss.

La diffusione che la “Formula di Frank” (o, secondo un’altra terminologia, “teoria del consenso”) ha avuto presso grossa parte della dottrina straniera, accolta dalla giurisprudenza maggioritaria con varia terminologia⁴, si giustifica con la necessità di valorizzare l’elemento della volontà, posto *in non cale* dalle tesi che sempre maggiori consensi stanno riscuotendo all’estero e che, in Italia, al contrario, sono da considerarsi dominanti da almeno un quarantennio. Si tratta appunto di quegli approcci metodologici che fanno leva sull’elemento della rappresentazione (o della previsione), riportabili alle teorie della probabilità e della possibilità.

2. *Impossibilità di superare la nozione legislativa di delitto doloso e di graduare l’elemento della rappresentazione secondo un criterio quantitativo.* — L’aver il Codice penale italiano utilizzato una formula definitoria del delitto doloso (o secondo l’intenzione): «quando l’evento dannoso o pericoloso è dall’agente preveduto e voluto come conseguenza dell’azione od omissione» indica che, da un punto di vista normativo, anche nel campo dei processi psicologici, il legislatore possiede un certo “margine di manovra” nel richiedere nei confronti dell’evento l’effettiva presenza dell’elemento volitivo⁵.

Di contro, si può agevolmente osservare che la definizione del “delitto doloso” e non — come potrebbe sembrare — del dolo, servirebbe ad attribuire al contenuto psicologico, in effetti non racchiudibile — in quanto tale — in schemi giuridici, quel tanto di normativo che basta per conferire pari dignità giuridica all’elemento psicologico, come all’elemento oggettivo.

Le disposizioni cui è necessario fare riferimento per circoscrivere l’oggetto del dolo (artt. 43, 47 e 59 c.p.), non sono sufficienti a chiarirne compiutamente la fisionomia: il concetto di dolo può solo ricavarsi da un ordinamento giuridico storicamente dato. Ora, se la definizione dell’art. 43 c.p. è da ritenersi generalmente valida, non significa che il legislatore non possa delineare il dolo anche in modo diverso, come accade quando

⁴ Cfr., per i necessari riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza tedesca, H. TRÖNDLE, T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, LIV ed., München 2007, pp. 108 ss. Per la dottrina spagnola cfr. G. QUINTERNO OLIVARES, F. MORALES PRATS, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 2005, p. 90, seppur si segnalano commistioni con i criteri della probabilità e della conoscenza della pericolosità obiettiva generata dall’azione; altresì cfr. F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, VII ed., Valencia 2007, pp. 271 ss.

⁵ Cfr. S. PROSDOCIMI, voce “Reato doloso”, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino 1996, p. 239.

la divergenza tra il supposto e il reale cada su uno dei requisiti del fatto storico al quale non corrisponda un elemento del fatto tipizzato: dalla disciplina dell'*aberratio ictus* ricaviamo che l'identità della persona offesa non rientra nell'oggetto del dolo.

È altresì chiaro che, un legislatore, nei limiti imposti dal principio di personalità della responsabilità penale, può delineare l'oggetto del dolo anche in maniera asimmetrica, facendo scomparire tutte le note che attribuiscono ad un dato fatto il requisito della tipicità propria di una determinata figura di reato, fermo restando ovviamente che il fatto previsto e voluto corrisponda sempre ad una fattispecie penale, come accade a proposito degli artt. 116 e 117 c.p.

L'atavica contrapposizione fra i sostenitori dell'indirizzo rappresentativo e quelli dell'indirizzo volitivo ha poi contribuito a 'caricare' il corrispondente istituto della colpa con previsione dell'evento (o colpa cosciente) di tutta una serie di note ad esso estranee, finendo per rendere problematica la demarcazione con la limitrofa figura del dolo eventuale, imponendo di ricercare un sicuro aggancio "obiettivo" nel concetto di *rischio* (aumento o diminuzione del rischio, dolo come responsabilità da rischio totalmente illecito, colpa come responsabilità da rischio consentito ecc.).

Ma la definizione del delitto doloso contenuta nell'art. 43, comma I, I alinea, c.p. — lo ripetiamo — deve essere integrata con altre disposizioni di legge che concorrono a definire l'"oggetto del dolo": *in primis*, gli artt. 47 e 59, ultimo comma, c.p. In effetti, che queste ultime disposizioni facciano riferimento al solo momento intellettuale del dolo, significa che, come vedremo, l'elemento volitivo si determini a partire da questi, in relazione all'offesa complessivamente espressa dalla fattispecie.

È appena il caso di ricordare che il dolo (eventuale) non si attegga sempre allo stesso modo nei confronti di tutti gli ambiti dell'agire umano. Esso varia a seconda che si disquisisca di circolazione stradale, d'infortunistica sul lavoro, eccetera; e deve essere valutato caso per caso in relazione alle circostanze oggettive che accompagnano l'azione e all'evento.

Resta il fatto che la polemica fra le teorie che fanno leva sulla volontà e le tesi che, invece, si focalizzano sul solo elemento della rappresentazione⁶ (*previsione* secondo il lessico del codice) non sembra essere sopita e

⁶ Cfr. R. VON FRANK, *Vorstellung und Wille in der moderner Doluslehre*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1890, pp. 169 ss. Per un'ampia panoramica anche di carattere storico, K. KLEE, *Der Dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlin 1906.

ciò a cagione — a nostro avviso — dello studio “separatista” delle due componenti della volizione e della rappresentazione, senza aver tenuto nel dovuto conto il modo in cui esse si rapportano. In ciò sta, invero, la differenza fra il dolo eventuale e la colpa cosciente.

Prima di prendere posizione sul punto è necessario fare chiarezza su alcuni aspetti della dogmatica del dolo eventuale che sfociano in espressioni tratlative e si traducono facilmente in affermazioni erronee.

Ci sembra doversi respingere immediatamente quella tesi — maggioritaria — secondo la quale vi è dolo eventuale quando l'evento dannoso o pericoloso è previsto come probabile o, comunque, notevolmente possibile⁷.

Innanzitutto il problema sorge — come detto — soltanto in relazione agli eventi previsti come possibili ma non direttamente presi di mira. Gli eventi direttamente presi di mira ai quali non se ne affiancano altri, sono imputati a titolo di dolo ancorché l'agente si sia rappresentato la remota possibilità di verificarsi dell'evento⁸; come colui che, dubitando della gittata dell'arma, abbia comunque fatto fuoco contro un obiettivo che si trovava ad una distanza notevole attingendone organi vitali.

Chiarito, quindi, che il dubbio non esclude il dolo, è da ripudiare altresì la differenziazione quantitativa fra dolo eventuale e colpa con previsione, tracciata seguendo l'oscillazione fra i gradi di rappresentazione che il soggetto ha avuto dell'evento: *probabilità*, che integrerebbe il dolo, ovvero *possibilità* di realizzazione della situazione finale che, di contro, integrerebbe la colpa⁹.

A questo modo di ragionare è stato da tempo obiettato che sarebbero e inutilmente gravoso richiedere al giudice di verificare quando cominci la probabilità e finisca la possibilità¹⁰, trattandosi di parametri insuscettibili di verifica oggettiva, consistendo in processi psicologici i cui

⁷ Sul punto, con ampiezza di argomentazioni, cfr. M. RONCO (a cura di), *Il dolo*, in *Commentario sistematico al Codice penale*, vol. II, t. I, *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna 2007, pp. 438 ss.

⁸ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, II ed., Torino 2006, p. 216.

⁹ Trib. Roma, 16 novembre 2007, in *Il corriere del merito*, 2008, p. 588.; altresì cfr. Cass., S.U., 14 febbraio 1996, Mele, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 2505 ss., la quale ha operato un'ulteriore distinzione a seconda che l'agente abbia avuto una rappresentazione altamente probabile dell'evento (dolo diretto) ovvero si sia rappresentato la concreta possibilità del verificarsi di ulteriori conseguenze della propria condotta (dolo eventuale). Contro tale forma “camuffata” di dolo eventuale cfr. I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova 2005, p. 449.

¹⁰ M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, pt. II, *L'elemento psicologico*, Torino, 2001, 117.

termini di accertamento sono irriducibili a quelli dello stesso genere quantitativo utilizzati per statuire sul nesso di causalità materiale.

Ciò premesso, è dato riscontrare nella recente giurisprudenza di merito una valutazione molto più complessa e articolata che ricorre cumulativamente a tutte le formule stereotipe oramai in uso nella prassi, ma che finisce per risolversi nella più volte richiamata e criticata “Formula di Frank” tesa, come emerge dalla lettura delle motivazioni delle decisioni, alla ricostruzione della volontà d’agire secondo il detto “costi quel che costi”, cioè che la causazione dell’evento lesivo sia dall’agente messa in conto come “prezzo” da pagare per raggiungere lo scopo principale¹¹.

Non solo. Da parte della dottrina più recente si assiste — come accennato — a una “riscoperta” della necessità, ai fini di optare per l’una o l’altra soluzione, di esaminare talune caratteristiche della personalità dell’agente accanto alle specifiche circostanze esistenti al momento del fatto¹².

Rileverebbero, ad esempio, situazioni spirituali legate all’accettazione del rischio inerente alla propria morte connaturata a talune manovre pericolose (caso della guida nella corsia opposta), mentre l’istinto di *autoconservazione* rappresenterebbe una massima d’esperienza invincibile che farebbe propendere per l’ipotesi di colpa con previsione.

3. Le interrelazioni fra rappresentazione e volizione dell’evento nella ricostruzione del dolo eventuale. — Le esemplificazioni portate a favore del meno grave delitto colposo non sono più valide di quelle che fanno propendere la giurisprudenza di merito verso la sanzionabilità di lesioni o eventi mortali dovuti alla circolazione stradale a titolo di dolo, riecheggiando una concezione moralista e dimenticando che esso consta di processi mentali effettivi e non ipotetici; per tanto, non è possibile dire che una massima esperienziale sia più valida dell’altra se non concretizzando il giudizio di valore nei confronti di un evento dato¹³.

¹¹ S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano 1993, pp. 31 ss.

¹² In questo senso sembra esprimersi Viganò, cfr. F. VIGANÒ, *Fuga “spericolata” in autostrada e incidente con esito letale: un’ipotesi di dolo eventuale?*, in *Il corriere del merito*, 2005, pp. 75–76.

¹³ Ad esempio cfr. g.i.p. Trib. Trani, Ord. 31 gennaio 2008, in www.scenari.giuffre.it, il quale, nell’ordinanza che disponeva la custodia cautelare in carcere dell’indagato, ha ravvisato il dolo e-

Il campo della circolazione stradale offre — a nostro modo di vedere — interessanti “banchi di prova” utili a delimitare gli incerti confini fra il dolo eventuale e il delitto colposo aggravato dalla previsione dell’evento, dove il perenne “fluttuare” delle decisioni giudiziarie fra una severa e una meno severa punizione, non è scevro da particolari fattori emozionali quando si giudicano casi umani pietosi¹⁴.

Messe da parte quelle istanze che, nella loro absolutezza, tendono a marcare il *discrimen* tra dolo eventuale e colpa cosciente rinvenendo il primo allorquando l’agente persegue uno scopo illecito e, di contro, il secondo, quando il fine è non disapprovato dall’ordinamento¹⁵, dobbiamo analizzare più attentamente quel filo conduttore, comune alle teorie della volontà e della rappresentazione, e che più volte abbiamo individuato nel tentativo di aggirare l’ostacolo rappresentato dal requisito della volontà, attraverso una *interpretatio abrogans* di un intero inciso del primo comma, primo alinea, dell’art. 43 c.p.¹⁶.

La componente volontaristica del delitto doloso rappresenta un requisito positivo irrinunciabile per poterlo distinguere dalla colpa (della quale costituisce elemento negativo)¹⁷ e in vario modo emerge sotto la forma delle teorie dell’“approvazione”, del “consenso” e della ricordata “accettazione del rischio”¹⁸, tutte quante risolvendosi — a nostro avviso — in

ventuale nei confronti di eventi mortali cagionati a seguito di invasione della corsia opposta a quella di marcia da parte di soggetto che aveva assunto sostanze stupefacenti.

¹⁴ Per la tesi del “dolo eventuale”, in caso di invasione della corsia opposta per sfuggire ad un arresto, cfr. g.u.p. Milano, 21 aprile 2004, in *Il corriere del merito*, 2005, p. 70; per la tesi del “dolo diretto” dovuto al fatto che l’imputato si era rappresentato come certa o altamente probabile la lesione grave di terze persone, cfr. Trib. Roma, 16 novembre 2007, cit., p. 588. Per il contagio da HIV a seguito di rapporti non protetti cfr., per la punibilità a titolo di dolo eventuale, Trib. Cremona, 14 ottobre 1999, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 299 ss.; per la tesi della colpa con previsione, cfr. C. Ass. App., Brescia 29 settembre 2000, in *Foro it.*, 2001, vol. II, c. 285 ss. Di recente, per la tesi del dolo eventuale, cfr. Trib. Milano, 12 dicembre 2007, in *Il corriere del merito*, 2008, pp. 456 ss.

¹⁵ Cfr. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo eventuale e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano 1999, pp. 163–164, cui rinviamo per le citazioni e i riferimenti.

¹⁶ Per l’esame delle varie posizioni, per tutti, cfr. H.H. LESCH, *Dolus directus, indirectus und eventualis*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1997, pp. 802 ss. Le teorie della volontà e della rappresentazione sono state variamente criticate. Se ne vedano alcuni esempi in D. HERZBERG, *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten*, in *Juristenzeitung*, 1988, p. 575; U. KINDHÄUSER, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1984, pp. 1 ss.; M. RAMOS TAPIA, *Die Entwicklung des Vorsatzbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, ivi, 2001, pp. 401 ss., 414 ss.

¹⁷ Cfr. P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova 1982, p. 306.

¹⁸ Sulle quali cfr., ampiamente, S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna 2007, pp. 394 ss.

formule pseudo-volontaristiche che riecheggiano un giudizio valutativo *ex post* più consono alla valutazione giudiziale della colpa e del nesso causale oggettivo, ma non pertinente all'atteggiamento doloso¹⁹.

È possibile sostenere, quindi, con una certa sicurezza, che tutti gli approcci metodologici tesi a valorizzare l'elemento intenzionale mediante il ricorso a schemi ricostruttivi indiretti, non siano altro che mezzi per poter costruire una solida "base probatoria" ai fini della concreta affermazione della responsabilità dolosa²⁰.

A questo punto il quadro complessivo della questione appare sufficientemente chiaro e preciso: il problema del dolo eventuale, linea di confine fra due distanti titoli di responsabilità, accumulato alla colpa con previsione dall'elemento intellettuale è una questione decisamente probatoria, da sempre oggetto di trattazioni tratte, più preoccupate di scrivere una *Zauberformel* piuttosto che esprimere degli "indici" (relativi) dai quali inferire l'esistenza dell'uno o dell'altro atteggiamento soggettivo²¹.

Spesso si tace sulla vera origine — all'interno della dottrina italiana — della *querelle* sviluppata a ridosso del dolo e che ha portato all'elaborazione della categoria del dolo eventuale. Un'attenta considerazione di quelli che sono i retroterra storici e culturali dell'elaborazione scientifica conduce a studiare il dolo eventuale sullo sfondo del "dolo diretto", distinto a sua volta in "dolo determinato" e "dolo indeterminato".

Quest'ultimo, secondo un insegnamento, può assumere due forme, a seconda di come gli effetti criminosi siano stati rappresentati dall'agente: *dolo alternativo* se questi sono stati indifferentemente previsti; *dolo eventuale* se egli mirava a realizzare uno degli accadimenti e, secondariamente, in luogo del primo, un altro evento criminoso²².

Risulta sufficientemente chiaro che il dolo eventuale non può essere studiato come una forma intermedia situata fra il dolo e la colpa: il dolo

¹⁹ Cfr. M. PIERDONATI, *Accertamento del dolo e responsabilità senza prova nella struttura della diffamazione*, Roma 2008, p. 105, secondo il quale tali criteri si tradurrebbero in canoni "congetturali" di ascrizione del dolo.

²⁰ A conclusioni simili, muovendo dalla critica alla "Formula di Frank", giunge D. Pulitanò, cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, II ed., Torino 2007, p. 339.

²¹ Nella letteratura più recente cfr., soprattutto, M. GALLO, *L'elemento psicologico*, cit., pp. 129 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 343; H. FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II ed., München 2007, pp. 126–127. A livello monografico cfr. M. PIERDONATI, *Accertamento del dolo e responsabilità senza prova*, cit., *passim*, cui si rimanda anche per la ricca bibliografia.

²² Sul punto, magistralmente, cfr. E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, vol. I, III ed., Milano 1926, p. 420.

eventuale è dolo diretto e come tale corrisponde all'intenzione dell'agente, possedendo esso una direzione finalistica estranea alla colpa con previsione.

A questa prima conclusione provvisoria possiamo giungere muovendo, da un lato, dall'approfondimento dei rapporti fra la volontà e la previsione dell'evento, dall'altro lato, prendendo in considerazione i fini che l'ordinamento si propone dettando talune disposizioni di legge.

L'approfondimento del punto relativo ai legami che avvincono l'elemento volitivo e quello intellettuale s'impone per far luce su alcune ombre create da una parte della dottrina e che hanno avuto — come vedremo — importanti riflessi in giurisprudenza.

Sono note quelle tesi le quali, sostenendo che, per aversi dolo, sia necessaria almeno l'indifferenza o l'ignoranza deliberata ovvero bastevole che l'agente si sia determinato contro il bene giuridico o abbia ratificato gli elementi dell'illecito, finiscono per risolvere la differenza fra l'atteggiamento doloso e l'atteggiamento colposo sulla base del grado di rappresentazione delle circostanze di fatto; criterio valevole sia per i reati di pura condotta, sia per quelli a evento naturalistico²³, con ciò ricalcando il criterio anglosassone della *wilful blindness*²⁴.

²³ Le sfumature di significato sono notevolissime, anche se, nella sostanza, gli autori convergono nel ritenere sufficiente una coscienza attuale delle circostanze di fatto. Cfr. W. HASSEMER, *Kennzeichen des Vorsatzes*, in G. DORNSEIFER (a cura di), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln 1989, pp. 289 ss.; U. SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Frankfurt a.M. 1994, pp. 115 ss.; E. SCHMIDHÄUSER, *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat*, in *Juristische Schulung*, 1980, pp. 241 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II ed., Berlin–New York, 1991, pp. 258 ss.; E. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, V ed., Madrid 1998, p. 225.

²⁴ Su tale figura cfr., per tutti, S. BRÄUTIGAM-ERNST, *Die subjektive Tatseite – insbesondere mens rea und mistake of facts*, in M. MANSDÖRFER (a cura di), *Die allgemeine Straftatlehre des common law*, Heidelberg 2005, p. 66. Stesso discorso si può fare per la “gerichteter Fahrlässigkeit” elaborata da G. Jakobs, quando si riferisce a “diejenige Unkenntnis, die der Täter selbst nicht als Mangel seiner Weltorientierung beurteilt weil ihn der nicht bekannte Gegenstandsbereich nicht interessiert”, cioè a quel disconoscimento che lo stesso agente non considera come difetto del suo orientamento nel mondo, perché non gli interessa l'ambito delle cose non conosciute, cfr. G. JAKOBS, *Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1989, pp. 529–530. Nello stesso senso J. BUNG, *Wissen und Wollen im Strafrecht*, Frankfurt a.M. 2008, pp. 193 ss., precisa che la “coscienza” (das Bewußtsein) deve possedere una struttura intenzionale, diretta a uno scopo. L'indagine di Jakobs — secondo Bung — concerne l'aspetto soggettivo del fatto nella sua intierezza ed esamina tanto l'imputazione della condotta quanto l'imputazione della responsabilità, prescindendo dal tracciare una linea di demarcazione fra l'elemento soggettivo in senso stretto e la colpevolezza. Il complesso cognitivo-volitivo è, quindi, meglio riassunto con il termine di “Normannerkennung”.

Esse, tuttavia, non appaiono soddisfacenti perché, oltre a fare leva su criteri distintivi di carattere quantitativo assolutamente da respingersi, introducono nella struttura del dolo elementi ipotetici incompatibili con una serie di processi psichici effettivi.

Ai fini della nostra ricostruzione dommatica volgeremo lo sguardo principalmente alla formula definitoria di cui all'art. 43, primo comma, primo alinea, c.p. per il quale il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della sua azione od omissione.

Si tratta di una formula che, se presa isolatamente, appare sfuggente, mostrando lati oscuri, rivelando una natura polisemica. Che cosa significa, infatti, agire secondo l'intenzione?

Così letta, la disposizione sembrerebbe richiedere per ogni reato che l'agente debba agire sempre per un fine determinato ed immediato, ed allora dovremmo dire che tutte le fattispecie criminose richiedono un dolo specifico²⁵.

Attribuendo un'efficacia vincolante alla definizione legale del delitto doloso, dovremmo concludere che, tutte le formulazioni caratterizzate da avverbi quali: "intenzionalmente", eccetera, rappresentino un mero pleonasma, in quanto si limitano ad esplicitare viepiù la necessità che il reato commesso sia stato il movente esclusivo dell'azione, con conseguenze assurde perché l'obiettivo avuto di mira, nella maggior parte dei casi, si accompagna ad altri allo stesso modo presi in considerazione ovvero risultanti in rapporto di strumentalità fra loro.

Al contrario, sembra più corretto ritenere che il legislatore abbia utilizzato la predetta fraseologia per operare una contrapposizione fra il delitto doloso e il delitto colposo, definito, appunto, "contro l'intenzione", quando l'evento, anche se preveduto, non è dall'agente voluto.

Come suggeriscono le parole, l'opzione terminologica posta dal codice ha una duplice finalità: evitare di scivolare nella fallacia naturalistica, attribuendo quel tanto di normativo che vincoli l'interprete al dato positivo e ribadire l'autonomia dei termini previsione e volizione.

²⁵ Cfr. E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, cit., pp. 416-417. L'attuale formulazione dell'art. 43 C.p. nasce dallo sforzo di composizione fra le istanze della scuola classica e della scuola positiva. Quest'ultima, infatti, riteneva che non sempre l'"intenzione" partecipasse come requisito del dolo, ma, solo dove espressamente richiesto, ne sarebbe diventato elemento costitutivo: il c.d. dolo specifico.

Se, per entrambi i requisiti che caratterizzano il delitto doloso, risulta fondamentale assumerne concettualmente la distinzione, dobbiamo riconoscere l'ulteriore impossibilità di svolgerne una trattazione separata nella ricostruzione del concetto, concetto che solo sarà possibile sviscerare razionalmente una volta che sarà chiara la "regola" che presiede all'imputazione di un fatto a titolo di dolo.

Stabilire un sillogismo tra la doppia coppia concettuale: "oggetto del dolo"—"accertamento del dolo" e "rappresentazione"—"volizione" del fatto costitutivo di reato, è l'unica operazione mentale che permette di varcare la soglia che separa le tesi che deformano il dato naturalistico da quelle che, intrise di normativismo, elaborano una nozione di dolo tutta incentrata sulla coscienza delle circostanze di fatto, "declassandolo" a situazioni in cui l'evento è invece imputato all'agente per violazione di una regola di diligenza²⁶.

L'attenta considerazione di un esasperato normativismo²⁷, il parallelismo fra l'aspetto oggettivo e l'aspetto soggettivo del dolo, sono lenti d'ingrandimento che permettono di visualizzare gli ombrosi contorni del dolo eventuale, espressione linguistica con la quale s'intende la rappresentazione di un evento non direttamente preso di mira ma riconducibile — in via non presuntiva — al piano criminoso dell'agente.

Una ricostruzione dell'oggetto del dolo che muova dal dato positivo evidenzia che il momento volitivo è, in ogni suo aspetto, condizionato dalla rappresentazione, non solo dell'evento, ma dell'intera fattispecie e delle "circostanze" di fatto che hanno indotto l'agente a comportarsi come si è comportato.

Se, durante l'esecuzione del delitto, il soggetto ha una rappresentazione solo parziale della realtà ovvero falsa, allora non sarà possibile muovergli un rimprovero per dolo, perché la volontà si è determinata in modo divergente rispetto a quanto richiesto (art. 47 c.p.).

L'angolazione prospettica scelta dimostra tutta la sua aderenza al sistema delineato dal codice²⁸, dissipando i dubbi che si profilano da parte

²⁶ M. PIERDONATI, *Accertamento del dolo e responsabilità "senza prova"*, cit., pp. 154 ss.

²⁷ B. SCHÜNEMANN, *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, in T. WEIGEND, G. KÜPPER (a cura di), *Festschrift für H.J. Hirsch*, Berlin—New York 1999, p. 373.

²⁸ Contrariamente a quanto ritenuto ad es. da U. Kindhäuser (cfr. U. KINDHÄUSER, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, cit., pp. 5 ss., 21 ss.), il quale intende l'attribuzione del dolo come una parte della attribuzione dell'azione nel senso della teoria analitica della condotta, in senso cioè pre-giuridico, avvicinandosi il giudizio sul dolo al giudizio di antigiuridicità, deducendo il dolo

di coloro che aderiscono alle due teorie che si contendono il terreno in tema di dolo: la teoria della volontà e quella della rappresentazione.

Mentre la volontà non può ritenersi mai graduabile, la previsione invece esprime diverse tonalità che rispondono al preciso dettato dell'art. 133, primo comma, n. 3, c.p. secondo il quale, ai fini di valutare la gravità del reato, il giudice deve tener conto, fra l'altro, dell'intensità del dolo.

Dunque, nel nostro ordinamento il tipo e l'oggetto di rappresentazione condizionano la volontà, e ciò avviene, come ricordato più volte, non prendendo ad esame un criterio che gradui la rappresentazione secondo una cadenza scalare: certo-probabile-possibile, bensì interpretando teleologicamente la norma nella quale la specifica situazione di fatto va a sussumersi.

Dalla lettura dei disposti normativi risulta dimostrato che il dolo si presenta dotato, diversamente dalla colpa, di un requisito "positivo" costituito dalla volontà, non (soltanto) dell'azione ma del risultato. Per la nostra ricostruzione teorica abbiamo volto lo sguardo principalmente al dato positivo.

Mette conto adesso esplorare gli ingranaggi che muovono la giurisprudenza a optare per una punizione a titolo di dolo o di colpa, limitando il campo d'indagine al solo settore della circolazione stradale. Ai nostri fini, infatti, un campo più limitato non è riduttivo: dà comunque conto della problematica fattuale, soprattutto perché gli accadimenti reali rivestono importanza fondamentale.

Nell'analisi di una questione così delicata come quella del dolo eventuale, la ricerca che stiamo portando avanti non avrebbe senso se non si possono agevolmente pensare casi concreti che possano dar luogo alle situazioni costituenti "zone d'ombra", a cagione dell'incertezza giurisprudenziale, e ai quali facciamo riferimento a titolo esemplificativo.

4. *Si criticano quelle tesi che risolvono il dolo eventuale nel dolo di pericolo e nella preterintenzione.* — Un primo ostacolo all'esatta comprensione della problematica è costituito da coloro che ritengono necessari, oltre alla posizione adottata dall'autore di fronte al bene giuridico e alla conoscenza del

dalle circostanze oggettive (dolo indiretto o dolo *ex re*). Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, II ed., Berlin 1988, pp. 425 ss.

grado di pericolo di lesione, ulteriori dati, fra i quali spicca il valore o il disvalore del fine che riguarda la condotta che può essere, in sé e per sé, permessa o utile come il traffico su ruote.

Viene in esame, poi, la disponibilità dell'autore ad assumere su se stesso il rischio. Si dice, infatti, che nell'ambito della circolazione automobilistica, non è possibile apprezzare una condotta dolosa perché è inverosimile che chi conduce in modo pericoloso sia un suicida²⁹.

Le argomentazioni addotte devono essere respinte.

Riguardo al primo gruppo di tesi, non è dimostrabile, secondo una regolarità, che da una condotta, *in re*, pericolosa derivino eventi da imputare a titolo di dolo. Così dicendo, si finisce per introdurre nella responsabilità dolosa delle forme di *versari in re illicita*, per cui l'agente dovrebbe rispondere di tutti gli eventi collaterali a quello direttamente preso di mira, solo perché il dolo (secondo una *fictionis iuris*) non potrebbe non abbracciare tutti gli eventi derivanti dalla condotta. Si danno, inoltre, casi di attività pericolose autorizzate da disposizioni dell'ordinamento o da permessi dell'autorità, che possono cagionare eventi, anche gravi, i quali tuttavia sono imputati in quanto colposi.

Non sembra, quindi, che tale strada sia percorribile, tenuto anche conto che il teleologismo insito in una condotta non necessariamente muove in un contesto illecito, il quale deve, al contrario, essere ricostruito tenuto nel debito conto di come l'agire umano si ponga nel rapporto di mezzo rispetto al fine (anche indirettamente) perseguito.

Neanche la seconda osservazione, sull'auto-assunzione del rischio, persuade. Implicitamente fa riferimento al già criticato orientamento che considera risolutivo ai fini dell'affermazione del dolo la precedente condotta illecita che, tuttavia, nella circolazione stradale, non sarebbe ravvisabile, a pena di dover proibire il traffico. Si tratta, invero, del ricorso ad un parametro giustificativo di certe scelte interpretative e decisionali che si rivelano indimostrabili e viziate da concettualismo, presentanti alla base un postulato, funzionale più a un'enunciazione teorica che ad essere d'aiuto per orientare il giudice nella scelta del titolo di responsabilità.

L'osservazione soffre, inoltre, di un esasperato normativismo. Abbiamo accennato più volte alla profonda dipendenza che il dolo eventuale ha nei confronti del suo accertamento processuale. Ciò non deve tut-

²⁹ B. SCHÜNEMANN, *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, cit., p. 374; F. VIGANÒ, *Fuga "spericolata" in autostrada*, cit., p. 74.

tavia portare a convertire criteri normativi d'imputazione in schemi presuntivi tendenti ad aggirare il pur difficile ostacolo della prova dei processi psichici³⁰. Ne deriverebbe un meccanismo di ascrizione a titolo di dolo del tutto automatico a seconda che il fatto sia avvenuto secondo una valutazione *a priori* sottratta al vaglio della ragion critica e, di fatto, non suscettibile di prova contraria.

Si prendano in esame i seguenti esempi:

- a) Tizio, già in ritardo, viaggia a forte velocità in un centro abitato per giungere ad un appuntamento ed investe un passante;
- b) Tizio viaggia a forte velocità in un centro abitato per sfuggire all'inseguimento della polizia dopo una rapina ed investe un passante;
- c) Tizio colloca una bomba in una piazza a scopo dimostrativo, in un'ora nella quale normalmente la piazza non è frequentata e cagiona la morte e/o il ferimento di più persone;
- d) Tizio, dopo aver assunto alcool e sostanze stupefacenti, privo di patente, si mette alla guida della propria automobile. In una curva invade la carreggiata opposta e, in uno scontro frontale, cagiona la morte di una famiglia che viaggiava in senso contrario di marcia.

³⁰ Com'è dato rinvenire nel pensiero di Jakobs (cfr. G. JAKOBS, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2002, pp. 588 ss.; ID., *Dolus malus*, in K. ROGALL [a cura di], *Festschrift für H.J. Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied 2004, pp. 107 ss.), per il quale l'ignoranza di realizzare la fattispecie non deve essere presa in considerazione quando si basa sull'indifferenza nei confronti della realtà o sulla ostilità nei confronti del diritto: la conoscenza si impone normativamente a cagione della dimensione del pericolo. In sostanza, se l'indifferenza ha portato alla non conoscenza degli elementi di fatto, bisogna comunque imputare l'evento a titolo di dolo perché l'agente privo di scrupoli non deve giovare del più mite trattamento colposo, essendo venuto meno all'obbligo di pronta osservanza della norma imposto dalla vita sociale. Jakobs distingue il dolo eventuale (dolo indiretto nella sua terminologia) dalla colpa grossolana rifacendosi al § 16, co. 1., StGB, e cioè che l'errore basato sull'ignoranza dovuta ad indifferenza non può rappresentare un causa di esclusione del dolo: l'indifferenza non può sbagliare. A sostegno della sua tesi si riporta all'errore rimproverabile sul divieto (§ 17 co. 2, StGB) che non costituisce una causa di esclusione della colpevolezza, bensì semplicemente una possibile diminuzione discrezionale della pena. Nei limiti ristretti di questo contributo non ci è possibile passare in disamina il pensiero dell'A. Sia sufficiente qui menzionare che contro questa tesi e contro la normativizzazione del dolo in particolare, la dottrina d'oltralpe si è espressa sottolineando l'erroneità del riferimento al materiale normativo suddetto; anzi, nel dettare il § 16 StGB, il legislatore non ha ritenuto di ascrivere normativamente la conoscenza. Inoltre, colui che per indifferenza agisce colposamente è ugualmente pericoloso (come l'agente doloso) per l'ordine dei beni giuridici. Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, cit., p. 373; altresì cfr. J. VOGEL, *Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes?*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, pp. 386 ss.

Nella comune interpretazione giurisprudenziale il caso *sub a)* viene generalmente riportato alla colpa con previsione, mentre il caso *sub b)* ad un'ipotesi tipica di dolo eventuale, così come le situazioni descritte *sub c)* e *d)*.

A una identità di condotta, cui corrisponde un medesimo evento, segue invece un trattamento sanzionatorio estremamente differente per la sua gravosità.

La divergenza viene generalmente spiegata nel senso di ritenere in dolo chi muove nell'ambito di un'azione di base illecita (ad es. a sèguito di una pregressa attività penalmente rilevante), mentre è da ravvisarsi colpa (cosciente) nella volontà rivolta ad un'azione penalmente non rilevante.

Questo primo "schizzo" ci consente di meglio intendere le prese di posizione giurisprudenziali nei confronti di quei comportamenti che esprimono un pericolo generico verso una pluralità indeterminata di interessi protetti, talché non sono mancate proposte sapienziali di considerare il dolo eventuale come dolo di pericolo³¹.

Non occorrono molte parole per sanzionare l'infondatezza della posizione assunta. Il dolo di pericolo è categoria generalmente respinta dalla dottrina³² data la sua inidoneità ad esprimere un significato univoco e, di conseguenza, valido sempre. Se lo si mette in relazione con i reati di pericolo, allora si fa riferimento ad una gamma di fattispecie nelle quali il legislatore si accontenta di una semplice esposizione al pericolo di un interesse meritevole di tutela per poter intervenire con la sanzione penale.

Noi non vediamo la possibilità di operare una tale distinzione all'interno del dolo e questo sia per l'insuperabile dato normativo che polarizza l'elemento soggettivo sull'evento "dannoso o pericoloso", sia per la costruzione stessa dei reati di pericolo, i quali si distinguono per la presenza, a seconda dei casi, di un evento di pericolo, ovvero per la sufficienza di una condotta pericolosa.

Ma detto ciò è detto tutto. Non si dimentichi, infatti, che la *ratio* dell'incriminazione costituita da un pericolo, si risolve, in definitiva, nell'offesa ad un interesse, che, nell'astrazione generalizzatrice delle figure criminose, è anticipato ad un momento anteriore in cui il disvalore del fatto esaurisce, di regola, la sua portata. E non è detto che ciò accada

³¹ B. SCHÜNEMANN, *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, cit., pp. 375 ss.

³² F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, XVI ed., Milano 2003, pp. 362 ss.

sempre. Vi sono, come noto, beni giuridici che, riferendosi ad una pluralità tendenzialmente amplissima di soggetti (ad es. la salute pubblica), possono solo essere messi in pericolo: la verifica di un danno darà vita ad un reato diverso³³.

Appare chiaro che, qualora si volesse creare una figura di dolo di pericolo, ulteriore a quella già in uso, per una sorta di ossequio ai nominalismi, non sarebbe difficile scorgere il ricorso ad una figura di *dolus generalis*, di un dolo “cieco” rivolto verso qualsiasi risultato possa per avventura verificarsi, appunto perché il “pericolo” rimanda ad una generica attitudine della condotta alla realizzazione di alcunchè.

Merita menzionare, a questo punto, quella posizione dottrinale, recentemente riproposta, la quale nega che il dolo eventuale possa essere una forma di dolo, almeno così come delineato dall'art. 43 c.p., meglio rispondente essendo alla figura della preterintenzione, strutturata secondo il modello della non volizione dell'evento ulteriore, potendo questo essere oggetto di semplice previsione³⁴.

Abbiamo più volte detto che una chiara e corretta definizione del delitto doloso non può essere ricavata se non si tengono esattamente in considerazione i rapporti tra previsione e volizione che ne costituiscono l'intima struttura.

Muovendo da queste premesse, possiamo respingere la tesi che si esamina. Essa infatti pretende di sovrapporre il dolo eventuale costituito dalla “non volontà” dell'evento alla preterintenzione che è “non volontà” dell'evento più grave, accomunati dalla base illecita che li caratterizza rispetto al delitto colposo.

Ora, è pacifico che la definizione di delitto preterintenzionale data dal 2° alinea del primo comma dell'art. 43 c.p. riguarda una categoria di reati “strutturalmente” preterintenzionali, ancorché il 2° comma dell'art. 42 c.p. richieda, ai fini della punibilità, una previsione espressa. Senza dubbio il dettato dell'art. 43 c.p. dà le linee guida che servono a discernere i casi di vera e propria preterintenzione da quelli nei quali (come nel vasto settore dei delitti aggravati dell'evento) l'evento ulteriore è addebitato all'agente ancorché non voluto.

³³ Cfr. D. PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Milano 1990, pp. 13, 39 ss.

³⁴ M. CATERINI, *Il reato eccessivo. La preterintenzione dal versarsi in re illecita al dolo eventuale*, Napoli 2008, pp. 278 ss., part. 292 ss.

Il fatto che il codice non abbia “esplicitamente” qualificato queste ipotesi come delitti preterintenzionali, non significa affatto che il modo in cui essi sono articolati precluda un’analisi sul modello dettato dal codice in via generale. Ne deriva che qualora la “volizione” dell’evento ulteriore sia oggetto di accertamento positivo non si applicheranno le disposizioni sulla fattispecie aggravata (ad es. artt. 428 e 430 c.p.) bensì quelle relative alle figure criminose che quell’evento contemplanò siccome direttamente collegato con l’azione o l’omissione dell’agente. In altri ipotesi, invece, l’evento è messo in conto al soggetto “ancorché” non voluto, per cui non interessa concludere per un accertamento positivo o negativo della “volizione” dell’evento aggravatore³⁵.

Non sono sconosciute alla legislazione penale fattispecie delittuose dove, accanto al dolo, v’è la colpa come criterio di imputazione del fatto, come accadeva all’art. 171 *bis* della l. 22 aprile 1941, n. 633, poi riformato: «Chiunque abusivamente duplica, a fini di lucro, programmi per elaborare o, ai medesimi fini e *sapendo o avendo motivo di sapere* che si tratta di copie non autorizzate, importa, distribuisce ecc...», senza che figurasse un’espressa previsione a tale titolo.

Ne discende, a nostro avviso, che la contrapposizione contenuta nell’art. 43 c.p. fra le locuzioni “secondo l’intenzione”, “oltre l’intenzione” e “contro l’intenzione” deve ritenersi meramente indicativa, non esaustiva del complesso fenomeno psicologico, che, riguardo al dolo, impone che l’agente si sia rappresentato e abbia, di conseguenza, voluto la situazione finale vietata dall’ordinamento.

A mo’ di prima conclusione, non sembra corretto sostenere che i compilatori del codice abbiano espunto dalla formulazione dell’art. 43 c.p. il dolo eventuale e lasciato alla preterintenzione il compito di assorbire i casi di evento solo previsto ma non voluto. Questo sarà stato, forse, il loro intento, non tradottosi tuttavia in un dato positivo che consenta di ritenere la preterintenzione un *minus* rispetto al dolo, come se fosse una terza forma di colpevolezza.

In tanto la formula del reato eccessivo può inglobare il dolo eventuale, in quanto si dia una definizione di questo che imponga di considerare voluti risultati che vanno al di là delle intenzioni dell’agente, senza però tenere nel dovuto conto che gli eventi non direttamente presi di mira sono attribuiti sempre se costituiscono oggetto del dolo stesso. Nella prete-

³⁵ Cfr. I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 337 ss.

rintenzione ciò non accade, perché se l'evento ulteriore rientra nell'oggetto del dolo allora il risultato della condotta è conforme al piano criminoso dell'agente³⁶.

5. *Sulla configurabilità del dolo in relazione alle condotte "neutre" della circolazione stradale.* — Il dolo eventuale e il dolo diretto presentano differenze relative alla modulazione di volontà condizionata dalla previsione: la rappresentazione del fatto e del suo disvalore *plasma la direzione della volontà*. Se è vero che ci sono elementi che possono essere solo rappresentati: presupposti della condotta, elementi normativi eccetera, ciò significa che una falsa o mancata cognizione di taluni elementi della fattispecie, determina, a sua volta, una erronea direzione della volontà. Specularmente, una completa conoscenza della trama del fatto arricchisce il contenuto della volizione. Solo in questo modo l'evento può asserirsi essere stato cagionato "secondo l'intenzione".

Resta da dimostrare a questo punto come il dolo eventuale possa essere considerato una vera e propria forma di dolo.

Muovendo da quanto osservato sinora sui rapporti di reciproca dipendenza tra rappresentazione e volizione del fatto, devono ritenersi quanto meno limitative quelle tesi che fanno leva solo sul momento volitivo o su quello intellettuale: ben lungi dall'essere due posizioni diverse ed inconciliabili hanno il pregio di dimostrare l'importanza che una concezione unitaria del dolo possiede nella costruzione di ogni possibile e futura teoria a riguardo.

Una lettura attenta ad individuare un rapporto di mezzo a fine fra la condotta posta in essere e gli eventi da questa derivanti, in una considerazione teleologica della norma penale, induce a rivedere la concezione del dolo eventuale come accettazione del rischio di cagionare eventi che accedono ad una condotta a base illecita.

Non bisogna però cadere nell'eccesso opposto di ritenere la circolazione stradale terreno elettivo della colpa con previsione, dato che la di-

³⁶ La tesi si iscrive, inoltre, in un dibattito superato sulla nozione di "dolo indiretto" composto dalla volontà di cagionare un determinato risultato dannoso e dalla realizzazione di un risultato che eccede la volontà dell'agente. La dottrina aveva già da tempo chiarito che la prevedibilità dell'evento ulteriore è estranea al dolo indiretto e come tale fuori da una nozione di dolo, anche eventuale. Cfr. E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, cit., pp. 421-422 e ivi ulteriori citazioni.

rezione della volontà dell'agente non investe l'evento almeno come uno dei mezzi da lui ritenuti idonei per raggiungere lo scopo³⁷.

Deve essere chiaro, in un'indagine del genere, che il rapporto di strumentalità riguarda non solo l'evento in relazione all'intenzione dell'agente, perché, se così fosse, non rimarrebbe spazio per il dolo eventuale: se l'evento si presenta alla coscienza del soggetto come causa dell'azione verteremmo sempre in un'ipotesi di dolo diretto di primo grado.

Più interessante è indagare come una condotta di base neutra possa divenire illecita ed essere valutata dolosa allorquando la stessa si pone come strumentale rispetto alla situazione finale presa di mira.

È questo un aspetto non evidenziato dagli studi che sinora si sono avvicinati sul tema del dolo eventuale, e che ha rappresentato un ostacolo invalicabile nella materia della circolazione stradale per coloro che tentavano di configurare tale atteggiamento psicologico, ma oggetto di progressiva erosione da parte di un'emergente giurisprudenza di merito la quale, tuttavia, ha ritenuto di ascrivere a titolo di dolo un evento solo se la condotta fosse stata accompagnata da altri elementi espressivi di una carica di disvalore attinenti più all'autore che al fatto di per sé considerato.

Dunque, è necessario evitare contaminazioni etico-sociologiche fra 'posizione' della norma penale nell'ordinamento e interpretazione della stessa, seguendo un taglio critico che la letteratura italiana più avvertita ha sempre ribadito per la sua fecondità teoretica, spesso però contraddetta da interpretazioni giurisprudenziali le quali, pur per condivisibili esigenze di politica giudiziaria, sostituiscono un diritto desiderato al diritto così come si presenta agli occhi dell'interprete.

Il caso prospettato *sub d)* si dimostra particolarmente asseverativo del realismo del senso comune per indagare — pur se non criticamente — l'intero svolgimento dell'azione posta in essere da chi, assunte sostanze stupefacenti, si ponga a elevata velocità alla guida di un'automobile, considerando complessivamente una situazione di vita che analiticamente si presenta abbastanza frammentata.

³⁷ Così: G. CERQUETTI, voce "Reato doloso", cit., p. 1015. Più di recente, in riferimento alla dottrina di Carpozov (*praeter intentionem vero ei vulnus lethale infligit, ex quo mors sequitur*), Bartolo, Covarruvias e Hegel v., G. JAKOBS, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, cit., pp. 590 ss., nt. 27, 34; G.P. DEMURO, *Il dolo*, I, *Svolgimento storico del concetto*, Milano 2007, pp. 87 ss., 109 ss.

Proprio in situazioni a questa riconducibili, infatti, è piuttosto frequente rinvenire affermazioni di tipo presuntivo assoluto, quando si legge che il soggetto “non poteva non rappresentarsi ed accettare il rischio di provocare” eventi lesivi e/o mortali ponendosi alla guida in condizioni psico-fisiche alterate³⁸, riecheggianti quelle posizioni dottrinarie che fanno leva sulla “indifferenza” nei confronti dei valori tutelati dall’ordinamento, nell’ambito di una concezione del diritto penale radicalmente oggettiva, sempre più lontana dal soggetto cui riferire la “responsabilità per il fatto”.

In particolare, si reputano rilevanti, ai fini dell’affermazione dolosa della responsabilità, elementi estranei alla condotta, come la mancanza di copertura assicurativa ed aver riportato condanne per fatti specifici, manifestazione di una deliberata non curanza verso i valori primari del vivere civile, contro la quale la punizione per il fatto doloso si rende all’uopo necessaria per sensibilizzare il soggetto alle aspettative sociali³⁹.

Noi non crediamo che tutto ciò sia sufficiente per poter affermare il dolo rispetto ad una situazione che meglio si attaglia a quella che la letteratura francese chiama “*mise en danger délibérée de la personne d’autrui*” (art. 121-3, al 2., c.p. francese), limitata, per lo più, alla materia della circolazione rotabile o della navigazione marittima, non ritenuta, nonostante l’“indifferenza” o il “disprezzo” dell’agente verso i beni protetti dal diritto, assimilabile al dolo eventuale⁴⁰.

Il generalizzato ricorso all’accettazione del rischio per ritenere in dolo chi pone in essere una condotta, di per sé pericolosa ma consentita dall’ordinamento: la circolazione stradale, mentre, da una parte, evidenzia la necessità — *de iure condendo* — di introdurre in questo settore ulteriori elementi che ne appesantiscano il carico sanzionatorio, dall’altro invitano

³⁸ Trib. Trani, Uff. g.i.p., Ord. 31 gennaio 2008, cit.; nonché, Cass. Pen., Sez. I, 25 maggio 1981, Andraous, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1539: “non poteva [...] non rappresentarsi, accettandone il rischio, la eventualità che l’ostaggio, trattenuto come scudo alla propria incolumità, venisse colpito a morte”. In senso contrario, ma con motivazioni coincidenti, Cass. Pen., Sez. IV, 25 marzo 2009, n. 13083, in *Riv. pen.*, 2009, pp. 824 ss.

³⁹ Cfr., altresì, Cass. Pen., Sez. I, 23 gennaio 1990, Belpiede, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1377, la quale ha ritenuto sufficientemente motivata la sentenza di merito che abbia affermato l’esistenza del dolo (eventuale), se “a) compiuto da membri di un’organizzazione politica che non esclude dai propri strumenti di lotta l’aggressione con armi proprie alle persone; b) è perpetrato in una temperie politica che porta a sottovalutare i pericoli insiti in tali aggressioni [...]”

⁴⁰ Per tutti, cfr. B. BOULOC, *Droit pénal général*, XIX ed., Paris 2005, p. 244, ed ivi i necessari riferimenti.

l'interprete a marcare nel modo più netto possibile i confini fra dolo e colpa.

Ciò nonostante, l'“ignoranza deliberata” è stata considerata, da recenti decisioni del Tribunale supremo spagnolo⁴¹, come espressione di dolo eventuale in quanto, per una parte, ritenuta indizio per provare l'esistenza dell'elemento volitivo; dall'altra, considerata come mezzo per estendere il dolo rispetto a certi elementi tipici senza necessità di provare la loro rappresentazione (elemento cognitivo) da parte del soggetto attivo⁴².

La sostituzione del momento conoscitivo del dolo (che — è appena il caso di rimarcarlo — deve essere attuale ed effettivo), con l'indifferenza dell'agente verso taluni degli elementi che fondano il disvalore del fatto⁴³ non può certamente portare alla configurazione di un dolo *in re ipsa* ma neanche a ritenere che, in questo caso, il dolo sia privato di uno dei suoi elementi costitutivi.

Viene in mente il dibattito relativo alla conoscenza dell'illiceità della condotta e della (correlativa) coscienza dell'offesa per poter affermare la responsabilità a titolo di dolo o di colpa. Senza che sia consentito, in questa sede, esaminare la questione in tutte le sue sfaccettature⁴⁴, possiamo brevemente prendere in considerazione gli “indici sintomatici” che possono portare all'affermazione del dolo in presenza di un errore “evitabile” sul precetto⁴⁵.

⁴¹ Si tratta delle sentenze: STS 10 gennaio 2000; STS 16 ottobre 2000; STS 22 maggio 2002; STS 30 novembre 2006, in materia di traffico di droga — specialmente di trasporto o detenzione di sostanza stupefacente — e riciclaggio di danaro.

⁴² R. RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en el Derecho penal*, Barcelona 2008, p. 29.

⁴³ Come potrebbe essere, ad es., la dichiarazione dell'imputato di non aver voluto accertarsi del tipo di merce imbarcata, per sapendo, per numerose circostanze di fatto, di trasportare merce non legale.

⁴⁴ Sul punto, egregiamente, cfr. G. LICCI, *Figure del diritto penale. Lineamenti di una introduzione al sistema punitivo italiano*, Torino 2008, pp. 300 ss.; ID., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino 2006, pp. 322 ss. e ivi citazioni.

⁴⁵ Chiaro che il discorso è condotto sullo sfondo di una concezione della Sentenza costituzionale 364/1988 che ha introdotto, secondo un'opinione autorevole, una forma di “buona fede” per i delitti, sino ad allora limitata al solo campo contravvenzionale. Cfr. I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 144. Ma lo stesso discorso può essere valido anche per quelle tesi che ritengono l'errore sul precetto una causa di esclusione della colpevolezza, affermandola, di contro, qualora l'errore sia evitabile e rimproverabile, con conseguente responsabilità dell'agente a titolo di dolo. A conclusioni identiche giungono anche coloro che muovono da una concezione prettamente normativa della colpevolezza. Sostiene al riguardo G. JAKOBS, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, cit., p. 586: «La colpevolezza non esiste perché concorrono la conoscenza del tipo o la conoscenza dell'illiceità, bensì perché manca la fedeltà al diritto; questo deficit può essere cagionato attraverso la conoscenza ma anche in altri modi o forme che lo evidenzino. Dal lato pro-

L'inosservanza dei doveri strumentali d'informazione che la Consulta aveva richiesto — fra gli altri — per poter dirimere le situazioni di (in)evitabilità dell'errore sul precetto⁴⁶ non possono essere assunti soltanto a indici di rilevanza per una concezione normativa della colpevolezza, ben potendo costituire degli indici di valutazione anche per affermare (o negare) l'esistenza di taluni momenti del dolo.

Se il soggetto agente disconosce l'esistenza di elementi di fatto dai quali sarebbe, invece, emersa l'esistenza di un contesto illecito che impone l'astensione della condotta vietata, allora la presenza effettiva dell'elemento intellettuale (conoscitivo) del dolo è pienamente sostenibile⁴⁷, senza che sia d'uopo evocare schemi presuntivi che con l'ignoranza deliberata nulla hanno a che vedere, e senza che si riveli interessante, sotto un profilo metodologico e scientifico, elaborare una terza forma d'imputazione soggettiva che con il dolo condivide il solo trattamento sanzionatorio⁴⁸.

Posto, quindi, che il carattere del reo e i suoi precedenti personali non possono contribuire a "colorare" un'azione del carattere dell'illiceità, bisogna andare a ricercare altrove i criteri distintivi fra dolo eventuale e colpa con previsione dell'evento. Criteri che non hanno alcuna pretesa di validità assoluta: come detto, in materie come quella della circolazione stradale, non è possibile fornire alcuna "formula magica", ma delle linee guida che, complessivamente considerate, permettono di affermare l'uno o l'altro atteggiamento psicologico.

L'angolazione prospettica dalla quale abbiamo preso le mosse riguardo ai rapporti fra l'aspetto intellettuale e volitivo in relazione al fatto di reato, dimostra che, per aversi dolo, deve potersi rinvenire il proposito d'intraprendere un'azione che acquista il carattere d'illiceità in

cessuale non bisogna dimostrare la conoscenza, bensì l'indifferenza, la soggettiva irrilevanza dei dati per la decisione». In altre parole: «La realizzazione del tipo non era un dato rilevante per la decisione dell'agente» (ivi, p. 587).

⁴⁶ Sul punto, cfr. G. CARUSO, *Ignoranza ed errore sulla legge penale*, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, t. I, *Il reato*, cit., p. 712.

⁴⁷ In contrasto con le tesi riduzioniste, muovendo da una lettura *a contrario* delle disposizioni in materia di errore sul (e ignoranza del) precetto, cfr. M. RONCO, *Il dolo*, cit., p. 467, nt. 14, ritiene che, per aversi dolo, è necessaria una conoscenza piena delle note che caratterizzano la condotta. Per cui, anche muovendo da questo punto di vista, la volontaria non conoscenza delle circostanze che connotano il fatto tipico, comporta, a nostro avviso, la possibilità di affermare l'esistenza del dolo, senza che il disconoscimento possa essere addotto come giustificazione o scusa.

⁴⁸ Per questo rilievo, cfr. R. RAGUÉS I VALLES, *La ignorancia deliberada en el Derecho penal*, cit., p. 31.

vista del conseguimento di un fine valutato negativamente dall'ordinamento.

Si avrà colpa quando la mancata rappresentazione di taluni o di tutti gli elementi del fatto abbia determinato una erronea formazione della volontà, la quale, per questo motivo, è dal codice equiparata a una "non volontà" e che continua a rimanere tale anche qualora l'agente abbia previsto l'evento naturalistico che, si badi, è uno (seppur il più importante, assieme alla condotta) degli elementi costitutivi di reato, ma non esaurisce la costellazione di tutte le circostanze che devono stagliarsi al suo orizzonte noetico⁴⁹ per poter affermare che la volontà, correttamente determinata, si sia rivolta all'evento.

Così si risolvono, con sufficiente precisione e chiarezza, i casi che, a titolo meramente esemplificativo, abbiamo, per comodità, indicato *sub a)* e *b)*, nei quali la condotta base è "neutra" perché non esprime una direzione illecita, essendo, fra l'altro, consentita dall'ordinamento⁵⁰. Acquista i caratteri di una manifestazione dolosa del comportamento umano qualora faccia da tramite per conseguire un fine che, di per sé, può ancora non voler dire alcunché, ma, in relazione alla pregressa attività criminosa (ad es. una rapina) e nell'attualità di una condotta pericolosa (ad es. un rocambolesco inseguimento), assume quelle caratteristiche dalle quali è dato riscontrare una rappresentazione positiva (completa) del fatto e la relativa volizione degli eventi⁵¹.

⁴⁹ Sul punto, cfr. G. LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, pp. 1508 ss.

⁵⁰ Ciò non significa — beninteso — che una condotta colposa sia priva dei caratteri dell'illiceità, che ben può sussistere quando l'azione contravviene ad un precetto posto a tutela di determinati interessi. La mente corre innanzitutto ai casi di c.d. "colpa specifica" per violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline. La trasgressione del comando — generalmente di non fare — non è volta a raggiungere un fine ulteriore, preso di mira dall'agente, ma è fine a se stessa, non giungendo l'attività intellettuale dell'autore a completare lo schermo mentale, dimodoché la volontà dell'autore non può orientarsi verso una situazione finale che gli consenta di mettere in conto il verificarsi di eventi collaterali rispetto a quelli che tendeva a realizzare.

⁵¹ Cfr. Cass., Sez. I, 25 maggio 1981, Andraous, cit., p. 1539; Trib. Roma, 16 novembre 2007, cit.

Sotto questo aspetto trovano ulteriormente riscontro quelle tesi, secondo le quali il carattere e i precedenti personali del reo sono "l'altro criterio positivo e fondamentale, per giudicarne le rivelazioni in ordine allo scopo che le mosse", cfr. E. FERRI, *Prefazione*, in E. FLORIAN, *La teoria psicologica della diffamazione. Studio sociologico-giuridico*, II ed., Torino 1927, XI. Lo "scopo" perseguito dall'autore non può certamente essere desunto solo dal carattere e dai suoi precedenti penali, né i positivisti hanno mai sostenuto nulla del genere (mi piace ricordare, a tal proposito, un lavoro di Grispiigni; cfr. F. GRISPIGNI, *Errori e leggende tedesche sulle teorie della Scuola positiva italiana*, in *Il Progresso del Diritto Criminale*, 1911, pp. 1 ss. estr.), ma ben può influire sull'atteggiamento del giudice nella commisurazione della pena.

Dov'è ulteriormente chiaro che qui si tratta di eventi che si affiancano a quello cui l'agente mirava, non — ripetiamo — eventi direttamente presi di mira, per i quali la certezza, la probabilità o la possibilità di cagionarli non rilevano, potendo l'agente addirittura reputare l'azione assolutamente non idonea a determinare l'evento. Eloquentemente è il caso dei rapporti sessuali non protetti nel quale la speranza dell'agente di non

Tale notazione può trovare un contrappunto in quella tesi proposta da Stratenwerth e ripresa di recente da Canestrari (cfr. G. STRATENWERTH, *Dolus eventualis und bewußte Fabrlässigkeit*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1959, p. 58; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit.; ID., in S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 399), secondo la quale si può parlare di dolo eventuale solo quando l'assunzione del rischio "non consentito" non può essere presa in considerazione dalla figura modello dell'agente concreto. A questa tesi può essere accostata quella di recente proposta da J. BUNG, *Wissen und Wollen im Strafrecht*, cit., 268 s. (in riferimento al pensiero di I. PUPPE, *Begriffskonzeptionen des dolus eventualis*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, pp. 65-79), secondo cui non è necessario rinvenire un volere incondizionato: il rimprovero per l'azione dolosa deriva dall'essere il fatto delittuoso così legato allo scopo prefissatosi dall'autore, da non potersi negare, secondo il senso comune, che l'evento si realizzi con estrema probabilità. L'assunto non è tuttavia riportato dall'A. nell'alveo della "*Wahrscheinlichkeitstheorie*" nella quale l'agente si rappresenta la minore o maggiore probabilità di realizzazione del fatto (criterio quantitativo), bensì di stabilire un punto fermo, di tipo qualitativo, a partire dal quale possa affermarsi il dolo. Questo criterio qualitativo è possibile stabilirlo solo attraverso l'elemento volitivo, senza che sia sufficiente la semplice conoscenza del pericolo. Bung propone allora (ivi, 269) di sostituire al concetto di volere (incondizionato) il concetto di volere comparativo (*komparatives Wollen*), di volere una cosa in misura maggiore di un'altra (*Wollen-lieber-als*). L'A. si premura di precisare che l'approccio problematico da lui prescelto si caratterizza rispetto alla — praticamente identica — teoria del «billigendes Inkaufnehmen» per una maggiore aderenza della terminologia usata alla definizione del dolo come Wissen e Wollen, per cui il Wollen-lieber-als non è una conseguenza diretta della conoscenza, bensì un elemento indipendente nella logica della realizzazione di un piano criminoso: preferire la realizzazione delle conseguenze: «Der Eventualvorsatztäter will den Eintritt des Tatbestandlichen Erfolges lieber als die Konsequenzen einer Unterlassung der Handlung, die diesen Erfolg möglicherweise bedingt».

A ben vedere, entrambe le tesi, che distinguono condotte dolose da quelle colpose già a livello oggettivo, sulla base del rischio doloso che caratterizzerebbe il primo, oltre ad obliare completamente l'elemento intellettuale e ridurre quello volitivo ad un'accettazione del rischio (e del fatto), finisce per legare la "presa sul serio" ai fini (ad es. di lucro) che hanno mosso l'agire del reo, per di più secondo una tipologia sociale di riferimento, introducendo paradigmi semplificanti basati sull'indole e sul carattere del soggetto agente. Anche la giurisprudenza tedesca ricorre a tale criterio che, tuttavia, non è, da solo, sufficiente per ritenere provato il dolo quando l'agente ha, sì, preso sul serio il pericolo derivante dalla propria condotta, ma non ha riconosciuto, ad es., una conseguenza mortale e, quindi, non l'ha voluta: BGH, 18 gennaio 2007 – 4 StR 489/06 (LG Dortmund), in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2007, p. 331. Cfr., altresì, BGH, 8 maggio 2001 – 1 StR 137/2001 (LG München II), ivi, 2001, pp. 475 ss. Stesso discorso — rovesciato — può essere fatto per quella teoria tedesca, nota con il nome di "Hemmschwellentheorie", che nega il dolo omicida in quei casi nei quali non si rinviene facilmente un motivo per il quale si sia cagionata la morte della vittima. Per la critica, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, IV ed., München 2006, pp. 473 ss. ed ivi ampie citazioni.

contagiare il partner con il virus HIV non influisce affatto sulla volizione e sulla rappresentazione del fatto.

Naturalmente tutto ciò che deriva dal ragionamento condotto è un problema probatorio sul quale ci soffermeremo ora brevemente.

Prima però riteniamo necessario approfondire un punto strettamente correlato all'accertamento del dolo eventuale e della colpa cosciente, dato dal comune polarizzarsi dell'elemento soggettivo verso una situazione di rischio, rappresentazione che non è tuttavia sufficiente per poter affermare un atteggiamento doloso.

6. *Rappresentazione del rischio versus rappresentazione dell'evento.* – È un dato d'esperienza che una componente di “rischio” sia sempre presente nella stragrande maggioranza delle attività umane, circostanza ineliminabile la quale vincola sia il legislatore che l'interprete nelle rispettive valutazioni.

Non si fa qui riferimento alle situazioni di “aumento” o “diminuzione” del rischio, tema senz'altro connesso con quello che stiamo trattando ma che attiene non a una dimensione squisitamente causale dell'illecito penale⁵², bensì a un'ambientazione della condotta umana, sempre di carattere oggettivo, ma riflettentesi, in vario modo, nella psiche dell'agente; nota immancabile in certi settori del diritto penale dell'impresa dove una zona franca dal rischio è impensabile, costituendo, anzi, uno dei pilastri sul quale si fonda l'economia d'impresa⁵³.

Così inteso il rischio, è possibile offrire delle soluzioni più appaganti in linea con il teleologismo che caratterizza la normazione penale, e che aiuta a risolvere problemi di capitale importanza. Si pensi, per fare un esempio rilevante, all'individuazione delle ipotesi dolose di bancarotta fraudolenta e delle ipotesi colpose di bancarotta semplice di cui, rispettivamente, agli artt. 216 e 217 della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267).

L'individuazione di un “limite” al di sopra del quale il rischio d'impresa rappresenta a sua volta un rischio illecito per i creditori sociali viene in gioco per le operazioni “manifestamente imprudenti” finalizzate alla realizza-

⁵² In argomento, da ultimo, cfr. M.A. SANCINETTI, *Principio della diminuzione del rischio versus rilevanza del disvalore dell'evento nella teoria dell'illecito*, trad. it. K. Summerer, in *Ind. pen.*, 2008, pp. 377 ss.

⁵³ Scriveva Nuvolone: «Il rischio è elemento essenziale della vicenda economica e non si può impedire all'imprenditore di affrontarlo, senza condannare l'impresa a morte sicura», cfr. P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 202.

zione di un interesse dell'impresa e che comportano l'assunzione di un rischio abnorme per il patrimonio, ma ragionevolmente dotate di probabilità di successo, al fine, ad esempio, di scongiurare il fallimento⁵⁴.

Diversamente, operazioni che comportino un notevole impegno del patrimonio sociale ma che si staglino all'orizzonte noetico dell'agente come del tutto irrazionali, incoerenti con le esigenze imprenditoriali, prospettando un vantaggio quasi del tutto inesistente per la società, implicano una rappresentazione dell'evento—pregiudizio a danno dei creditori sociali che integra il più grave delitto di bancarotta fraudolenta per dissipazione⁵⁵.

Emerge un primo dato utile ai fini della nostra ricostruzione dommatica, e cioè che la rappresentazione del rischio (o del pericolo) e la sua contestuale accettazione non è sufficiente per poter sostenere d'essere in presenza d'un atteggiamento doloso, essendo, per la maggior parte dei casi, ben conosciuto dall'agente che la propria condotta si snoda lungo una zona pericolosa, non anche l'evento che può derivare dall'agire.

Tale affermazione è confortata dal dato — difficilmente contestabile — che il dubbio sulla pericolosità dell'azione non esclude affatto il dolo e che, viceversa, la coscienza dell'attitudine degli atti realizzati a condurre all'evento può integrare un'ipotesi di colpa con previsione ma non di dolo.

È significativo che la giurisprudenza maggiormente sensibile alla necessità di superare la formula stereotipa dell'accettazione del rischio e di

⁵⁴ Cass., Pen. Sez. V, 20 marzo 2003, Griffino, in *Ced Cass.*, rv. 225938.

⁵⁵ Cfr. in giurisprudenza: Cass., Sez. V, 23 ottobre 2002, Galluccio, in *Ced Cass.*, rv. 225398 (m); Cass., Sez. V, 4 novembre 2004, Garattoni, *ivi*, rv. 231394. In dottrina, per tutti, cfr. G. COCCO, *I confini tra condotte illecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, pp. 1053–1054. Per completezza di discorso si precisa che, a proposito della distinzione tracciata, e che per noi rappresenta solo un'ipotesi di lavoro sulla quale non prendiamo — in questa sede — posizione, la dottrina non è uniforme; si va da coloro che ritengono colpose le ipotesi previste dall'art. 217, l. fall. (cfr. S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., pp. 112 ss.; nonché, Cass., Sez. III, 12 novembre 2002, n. 41953, in *Riv. guard. fin.*, 2003, p. 688) a quegli Autori che ritengono tali previsioni necessariamente sorrette dal dolo tranne l'ultima ipotesi contemplata dal n. 4 del primo comma del citato articolo (cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, XI ed., Milano 2001, pp. 113 ss.) a coloro che ritengono colpose le situazioni di cui ai nn. 2 e 4, dolosa quella di cui al n. 3 (cfr. L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, II ed., Torino 1991, 264; Cass., Sez. V, 20 marzo 2003, Griffino, cit.). Per ulteriori citazioni e per un quadro più generale, cfr. E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO (a cura di), *Diritto penale dell'impresa*, Bologna 2008, pp. 249 ss.

tracciare una — seppur sommaria — distinzione fra accettazione del rischio e accettazione dell'evento si sia formata a ridosso dei requisiti strutturali del tentativo così come delineati dall'art. 56 c.p., in particolare sulla loro compatibilità con il dolo eventuale⁵⁶.

Se lo stato di dubbio, compatibile sia con il dolo che con la colpa, relativo alla situazione di pericolo non si “scioglie” nel senso della volizione dell'evento pre-visto, allora la semplice rappresentazione degli atti caratterizzati da pericolosità e per ciò contestualizzati, non marcati finalisticamente verso un evento, anche indirettamente preso di mira perché previsto come probabile o anche solo possibile, non potranno dar vita ad una situazione caratterizzata da dolo (eventuale)⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 20 ottobre 1986, Amante, in *Foro it.*, 1987, vol. II, coll. 509 ss., part. col. 512. Ribadisce la sufficienza dell'accettazione del rischio Cass. pen., sez. fer., 31 ottobre 2008, n. 40878.

⁵⁷ Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 1° settembre 1994, Arienti, in *Cass. pen.*, 1996, p. 92: «In tema di elemento psicologico del reato, ai fini della sussistenza del dolo eventuale non è sufficiente la sola prevedibilità astratta dell'evento, ma occorre una previsione concreta, nel senso che l'agente deve rappresentarsi — come conseguenza certa, o anche solo probabile, della sua azione od omissione — proprio l'evento che si è in concreto verificato; è inoltre necessario non solo la rappresentazione ma anche la volontà, che si ha quando abbia accettato l'evento come conseguenza, quanto meno eventuale, della propria condotta». Cfr. anche BGH, 6 aprile 2000 – 1 StR 280/99 (LG Augsburg), in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, pp. 2364 ss.

Deve ritenersi, di conseguenza, non condivisibile il principio di diritto enunciato da Cass., S.U., 14 febbraio 1996, Mele, cit.: «Essendo l'evento altamente probabile (l'agente) non si è limitato ad accettare il rischio del suo verificarsi ma l'ha voluto»; nonché da Cass. Pen., 18 novembre 1993, Cassata, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1784, che, negli stessi termini, ha sostenuto che, qualora l'accadimento si presenta all'agente come probabile o altamente probabile, non si può ritenere che egli si sia limitato ad accettare il rischio dell'evento, bensì che lo abbia anche voluto, con un'intensità maggiore di quelle precedenti, con la conseguenza che, in tale ipotesi, l'elemento psicologico si configurerebbe quale dolo diretto. Per quanto detto sinora non è sostenibile un concetto di dolo eventuale basato semplicemente sulla rappresentazione (e contestuale accettazione) del rischio. La volizione dell'evento è in ogni caso presente, solo che essa si atteggia in maniera meno intensa rispetto ai casi di dolo diretto e di dolo intenzionale (Cfr. W. GROPP, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, cit., pp. 170 ss.). Dov'è chiaro che le linee interpretative offerte dalle Sezioni Unite tendono a presentare casi formalmente di dolo diretto, ma sostanzialmente di dolo eventuale, solo al fine di risolvere un contrasto giurisprudenziale sulla compatibilità di questa forma di dolo con il tentativo, ricorrendo ad un criterio ermeneutico di tipo strutturale sicuramente insoddisfacente, tale da far sostenere ad autorevole dottrina che, l'impossibilità di configurare un tentativo di delitto sorretto da dolo eventuale, si presenta come la spia «di un'eccessiva dilatazione applicativa del dolo eventuale, che, se riportata entro l'ambito propriamente definibile come dolo, dovrebbe poter reggere razionalmente anche l'imputazione a titolo di tentativo», cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 456.

7. *La problematica squisitamente processuale del dolo eventuale. Al di là dell'“oltre ragionevole dubbio”*. – Da queste pagine è emerso che la categoria del dolo eventuale pertiene al concetto di dolo, il cui accertamento non può essere fluidificato attraverso il ricorso a criteri normativi “puri” di imputazione imposto da evidenti difficoltà probatorie. A tale riguardo devono essere impiegati i normali mezzi probatori a disposizione del giudice senza che sia sufficiente taluno degli elementi probanti (l'aver, ad esempio, colpito organi vitali), dovendo, invece, ricorrerne altri che non contraddicano i precedenti⁵⁸.

Senza, in questa sede, poter approfondire la tematica, sulla quale, fra l'altro, non sono dati rinvenire che pochi contributi⁵⁹, sia consentito formulare le seguenti considerazioni di carattere generale.

L'accertamento della colpa è semplificato dalla presenza delle regole oggettive d'imputazione soggettiva, rappresentate dalle regole cautelari di estrazione positiva o sociale cui segue il giudizio sulla prevedibilità–evitabilità dell'evento.

Il dolo, di contro, è un problema tutto processuale, il cui accertamento è rimesso ad un'attenta valutazione del giudice, temperata — e a volte costretta — dalle perizie psichiatriche quando si formula in capo ad un soggetto affetto da vizio totale (o parziale) di mente: situazione — seppur marginale — che avvicina l'accertamento del dolo a quello della colpa⁶⁰.

Per la maggior parte dei casi la prova del dolo è ricercata contestualizzando l'uomo nello scenario formulato dall'accusa, arricchendolo di buona parte delle sue caratteristiche personali, tranne quelle ovviamente che riguardano il suo stato mentale, non essendo previsto, nel nostro sistema, un doppio modello di dolo valevole per il soggetto imputabile e per il non imputabile.

A ben vedere, la problematica dell'accertamento del dolo, si giustifica non nella ricerca di elementi probatori che possano, in una qualche misura, trascendere il libero convincimento del giudice, per ancorare il giudizio a dati che tendano a contenere entro limiti accettabili l'incertezza nell'applicazione giurisprudenziale, ma nella demarcazione dei confini

⁵⁸ Cass., S.U., 15 dicembre 1992, Cutruzzolà, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1098.

⁵⁹ Cfr., per l'ampiezza di trattazione, a prescindere dalle soluzioni adottate, R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona 1999; M. MASUCCI, “Dolo (accertamento del)”, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, vol. IV, Milano 2006, pp. 2043 ss.

⁶⁰ Sul dolo del non imputabile, per tutti, cfr. M. AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino 2005, pp. 152 ss., con svolgimenti problematici.

che separano il dolo dalla colpa, impostando il discorso partendo dalla conclusione⁶¹.

Spesso imbrigliata dalla considerazione del dolo e della colpa come “forme scalari” di colpevolezza, la dottrina si è intrattenuta sul *quid pluris* che dovrebbe caratterizzare un’imputazione a titolo di dolo, in ragione del più rigoroso *strandard* probatorio imposto del novellato art. 533, 1° comma, c.p.p.⁶², il quale consente al giudice di pronunciare sentenza di condanna solo se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli “al di là di ogni ragionevole dubbio”.

Sul significato di questa locuzione sia consentito svolgere qualche breve riflessione⁶³.

A noi sembra che la portata della novella sia abbastanza modesta avendo tale regola una funzione meramente dichiarativa e ricognitiva⁶⁴, che puntualizza l’obbligo in capo al giudice di motivare le sentenze. Il principio dell’“oltre ragionevole dubbio” sta ad indicare — se mai ce ne fosse stato bisogno — che il convincimento del giudice in ordine alla pronuncia di responsabilità non deve essere meramente subiettivo, intuitivo, ma fondarsi su elementi suscettibili di verifica empirica, non in contraddizione con le regole della logica e dell’esperienza.

Quanto detto corrisponde anche al significato dell’aggettivo “ragionevole”, di un’affermazione che ha un fondamento logico, giustificato: in un’ottica processuale: controllabile in sede di gravame con gli strumenti razionali propri della valutazione giudiziale.

Non sono sconosciute, d’altra parte, alla legislazione penale, espressioni del tipo: “quando è provato” o “appare probabile” (cfr. art. 420 *bis* c.p.p.) oppure “malattia *certamente*” o “*probabilmente* insanabile” (art. 583, comma 2, n. 1, c.p.), con le quali il legislatore equipara situazioni certe ed incontrovertibili a situazioni che non costituiscono vere e proprie prove e non danno, quindi, certezza.

Neanche la formula dell’“oltre ragionevole dubbio” evoca una situazione di certezza, e un malinteso garantismo può portare a situazioni dif-

⁶¹ Sulla discussione circa i confini tra dolo e colpa, la dottrina aveva da tempo sviluppato una teoria delle “presunzioni” valida anche per il diritto penale. Fondamentale, sul punto, il lavoro di Flandrak, cfr. F. FLANDRAK, *Die Präsumtionen im Strafrecht*, Wien 1933, pp. 52 ss.

⁶² F. VIGANÒ, *Fuga “spericolata” in autostrada*, cit., p. 76.

⁶³ Per le citazioni, cfr. C. MARTELLA, *sub* art. 533, in G. TRANCHINA, *Codice di procedura penale*, t. II, Milano 2008, pp. 4024 ss.

⁶⁴ M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. II, Torino, 2008, p. 145.

facilmente accettabili, sol che si pensi che, non avendo il giudice raggiunto la certezza sullo svolgimento degli avvenimenti, debba pronunciare sentenza di assoluzione.

Al fondo delle decisioni giudiziarie c'è sempre la *probabilità* che l'imputato abbia commesso il fatto, affermazione che si ammette possa corrispondere a verità, in base a motivi o argomenti attendibili. Ciò deriva dal fatto che l'aggettivo "probabile" ha la stessa radice semantica di "provare" (lat. *provare*): se il fatto è probabilmente accaduto e riconducibile ad una persona, vuol dire che è anche "provabile" che le cose siano andate in certo modo, secondo una ricostruzione storica sperimentata, quindi motivabile in ossequio ai canoni stabiliti dalla legge e alle regole dell'esperienza⁶⁵.

La probabilità che l'agente abbia agito con dolo piuttosto che colposamente deriva innanzitutto da un giudizio storico sulla seriazione degli eventi e delle circostanze di fatto che si sono succedute, senza che la formula dell'"oltre ragionevole dubbio" possa influire sulla decisione del giudice di derubricare il fatto da doloso a colposo.

Operando in senso diverso dal criterio or ora enunciato si effettuerebbe una traslazione del citato principio dal giudizio fattuale al giudizio sul diritto, il quale non tollera incertezze: è un giudizio logico, sillogistico, che, con le regole di accertamento storico del processo penale, non ha nulla a che vedere.

GIANLUCA RUGGIERO

Ricercatore di diritto penale nell'Università di Torino

ABSTRACT: Il settore della circolazione stradale presenta notevoli punti di interesse e attualità per mettere a confronto le varie soluzioni dottrinarie che hanno cercato, in vario modo, di marcare la linea di confine tra il dolo eventuale e la colpa con previsione dell'evento. Sovente non curanti del dato legislativo che, pur nei limiti piuttosto angusti del normativismo, dà una prima definizione di delitto doloso e di delitto colposo, gli Autori hanno, di volta in volta, fatto leva sull'elemento volitivo e sull'elemento rappresentativo, quasi che queste due componenti dell'elemento soggettivo potessero essere prese in considerazione in modo isolato. La giurisprudenza, dal canto suo, soprattutto negli ultimi tempi, ha mostrato di seguire percorsi diversi, considerando elementi del tutto svincolati dall'atteggiamento psicologico dell'agente e da sicuri canoni oggettivi di riferimento, per valorizzare certe caratteristiche attinenti alla personalità del reo,

⁶⁵ Cfr. V. GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, Milano 2008, pp. 441 ss.

non attinenti alla reale presa di posizione nei confronti della norma penale. L'autore riconduce la questione sul terreno della volontà e della rappresentazione dell'evento, quest'ultima sovente sminuita dalla "rappresentazione del rischio" che, in materia di dolo eventuale, ha finito col diventare una formula stereotipa di accertamento positivo di tale atteggiamento psichico, risolvendosi, in definitiva, in una forma di dolus in re ipsa. Essendo la rappresentazione del rischio comune tanto al dolo quanto alla colpa cosciente, è necessario che l'evento (inteso in termini di offesa) sia anch'esso oggetto di previsione, di una previsione che condiziona la volizione dell'agente verso una situazione finale disvolta dall'ordinamento. Diversamente inteso, infatti, il dolo eventuale finisce col diventare una "terza forma" d'imputazione dell'evento, oggetto di recenti proposte di codificazione o di reinterpretazione sul modello del delitto preterintenzionale. Riportato lo studio nell'ambito naturale del delitto doloso, è da notare la natura fortemente processuale del dolo eventuale, a cagione della rappresentazione in termini problematici dell'offesa, la quale si affianca spesso alla produzione di un evento direttamente preso di mira dall'agente, ragion per cui le regole d'esperienza sono sovente soggette a trasformarsi in criteri normativi di imputazione, di carattere ipotetico, incompatibili però con un atteggiamento fondato su percorsi psichici effettivi.