IL DOLO EVENTUALE FRA DETERMINATEZZA E COLPEVOLEZZA (*)

di Giandomenico Salcuni
(*Professore associato di Diritto penale, Università di Foggia*)

SOMMARIO: 1. Dolo eventuale e esigenze di determinatezza. – 2. Luci e ombre della sentenza delle Sezioni Unite Thyssenkrupp. – 3. Il dolo come volontà: una promessa non mantenuta. – 4. Il dolo come volontà: problemi nuovi o irrisolti. – 5. Le ricadute sull'art. 43 Cp. – 6. Una diversa lettura dell'art. 43 e la sua forza cogente. – 6.1. Le possibili implicazioni sul caso Brega Massone. – 7. Una ridefinizione del dolo eventuale. – 8. Volontà, intenzione e *folk psicology*. – 9. Dolo eventuale e colpevolezza graduante. – 10. Dolo eventuale: un invito alla moderazione.

1. Il dolo eventuale costituisce certamente uno degli aspetti più controversi e dibattuti della disciplina penalistica. Il dolo eventuale è un istituto difficile da definire[1] e altrettanto difficile da provare[2]. La difficoltà di escogitare una formula linguistica che rispetti appieno i parametri dettati dall'art. 43 Cp è dovuta al fatto che, anche se non vi è certezza sul punto[3], il dolo eventuale non trova cittadinanza nel codice Rocco. Un codice in cui le ipotesi di divergenza fra voluto e realizzato erano disciplinate dalla responsabilità oggettiva e dalla preterintenzione[4], non aveva bisogno di ricorrere al dolo eventuale. In effetti, si aggiunge che la definizione dell'art. 43 Cp, seppur di

---

(*) Testo rielaborato, con l'aggiunta delle note, della relazione al Convegno: «I reati di omicidio: fra teoria e prassi», organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza, col patrocinio dell'Ordine degli Avvocati di Foggia e dell'AIGA di Foggia, il 12 maggio 2017.

[1] Per comodità si possono distinguere, per rimanere nel panorama italiano e senza pretesa alcuna di completezza, teorie della rappresentazione: M. Gallo, voce *Dolo* (dir. pen.), in *ED*, XIII, Milano 1964, 760 ss.; M. Masucci, *Fatto e valore nella definizione di dolo,* Torino 2004, 86 ss.; G. De Francesco, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *RIDPP* 1988, 136 ss.(il quale però replica all'inquadramento fra le teorie rappresentativiste in G. De Francesco, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e 'colpa grave' alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *CP* 2009, 5013); teorie del rischio o oggettive: S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano 1999, 73 ss.; G. De Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tutt'ora incerto,* in *RIDPP* 2015, 77 ss.; teorie volitive: L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia 1993; M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *CP* 2010, 2555 ss.

[2] Da sempre attenti anche al profilo probatorio del dolo: M. Gallo, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati* 1951-1952, 212 ss.; G. Fiandaca, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *DPC*, 1, 2012, 158; G.P. Demuro, *Il dolo,* II, Milano 2011, 451 ss.; M. Pierdonati, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. pregnanti,* Napoli 2012, 171 ss.; F. M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo,* in *Criminalia* 2010, 464 ss.

[3] Per un approfondimento circa il dibattito sul dolo eventuale negli anni della codificazione: G. Cerquetti, *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Torino 2004; 147; Id., *Il dolo,* Torino 2010, 149 ss., il quale ritiene che la scelta codicistica sia nel senso di ricomprendere la controversa figura in esame.

[4] M. Caterini, *Il reato eccessivo. La preterintenzione dal versari in re illicita al dolo eventuale*, Napoli 2008, 285 ss.; S. Camaioni, *Evanescenza del dolo eventuale, incapienza della colpa cosciente e divergenze tra voluto e realizzato*, in *RIDPP* 2012, 508 ss.

compromesso fra teorie rappresentative e volontaristiche[5], sarebbe sbilanciata in senso volontaristico[6], anzi se si valorizzasse correttamente l'inciso «secondo l'intenzione», si dovrebbe concludere per l'inesistenza del dolo eventuale che potrà avere componenti volontaristiche ma non intenzionali, risolvendosi in una analogia in *malam partem*[7]. Ad ulteriore conferma di questi assunti, v'è chi precisa come l'art. 56 Cp, col requisito dell'univocità, selezionerebbe il dolo del tentativo nella sola forma intenzionale o al massimo diretta, di modo che sarebbe paradossale limitare il delitto tentato al dolo intenzionale e punire quello consumato con forme di dolo meno intense[8]. L'obiezione più utilizzata contro l'esistenza del dolo eventuale muove dall'art. 61 n. 3: la colpa con previsione starebbe infatti a testimoniare come colui che agisce, «nonostante la previsione dell'evento», sia ancora da considerare, per il codice penale, in colpa e non in dolo[9]. Inoltre, l'art. 43 Cp utilizzando il termine «evento» al singolare, non potrebbe ricomprendere quelle ipotesi di divergenza fra voluto e realizzato tipiche del dolo eventuale[10], le quali andrebbero ricondotte alla preterintenzione[11]. In estrema sintesi queste sono le obiezioni che si muovono al dolo eventuale e con cui ci si dovrà confrontare laddove si voglia, giustamente, ricostruire il dolo eventuale in un'ottica rispettosa del principio di determinatezza[12].

---

[5] Affermazione ormai pacifica e entrata nel lessico comune della manualistica: A. Manna, *Corso di diritto penale*[4], Padova 2017, 383 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale,* PG[7], Bologna 2014, 365; G. De Vero, *Corso di diritto penale*[2], I, Torino 2012, 475 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale*, PG, Padova 2011, 312; G. De Francesco, *Diritto penale,* I, Torino 2008, 396; A. Nappi, *Guida al diritto penale,* Milano 2008, 201.

[6] L. Eusebi, *Il dolo come volontà,* Brescia 1993, 45 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*[8], PG, Milano 2008, 278.

[7] A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di legalità*, in AA.VV., *Studi in onore d i Franco Coppi,* Torino 2011, 222; G. Forte, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità,* in *RIDPP*, 2000, 823 ss.

[8] S. Aleo, *Diritto penale*[2], Padova 2010, 286 ss.; *amplius*: Id., *Il dolo eventuale, le figure delittuose aggravate dall'evento e i diversi piani possibili di imputazione soggettiva del comportamento,* in E. M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco,* Torino 2017, 199 ss.

[9] A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *IP* 2010, 13 ss.; G. Forte, *Morte come conseguenza di contagio da HIV: profili soggettivi*, in *FI,* 2000, 289; R. Pannain, *Manuale di Diritto penale,* PG, Torino 1976, 435.

[10] D. Scordamaglia, *Publica fides … vale*, in *GP,* 2009, 131; G. Sabatini, *Istituzioni di diritto penale,* Roma 1934, 223 ss.

[11] M. Caterini, *Le origini del reato preterintenzionale*, in *Le Corti Calabresi* 2008, 3 ss.; L. Viola, *Ancora sulla tesi temeraria dell'omicidio preterintenzionale come dolo eventuale del fatto più grave*, in www.altalex.it; ma già G. Finzi, *<Previsione senza volizione> nel diritto penale*, in *Scuola Positiva*, 1922, II, 163 ss., spec. 173. Perplessità sulla riconducibilità nel dolo eventuale alle ipotesi di preterintenzione, v. G. Quintero Olivares, *"Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad"*, in AA.VV., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Prof. Tomás Salvador Vives Antón)*, II, Valencia 2009, 1602.

[12] Secondo la premessa metodologica della Cass. S.U., 18.9.2014, n. 38343, in www.penalecontemporaneo.it, 19.9.2014. Sulla necessità di questa premessa metodologica nell'affrontare il tema del dolo eventuale, v. G. De Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine ancora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle sezioni unite sul caso Thyssen Krupp,* in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri,* a cura di G. Ruggieri, Torino 2016, 847.

Oltre ad un significato sostanziale, la determinatezza ha anche un'accezione processuale[13], cioè i fatti oggetto di incriminazione devono essere empiricamente verificabili e provabili nel processo. In effetti anche la prova del dolo eventuale non è semplice e potrebbe sotto questo profilo confliggere con questo aspetto della determinatezza. La giurisprudenza lo ha spesso impiegato, a volte senza una meditata riflessione, in contesti di base illeciti, in cui la differenza fra dolo eventuale e diretto si assottiglia, oppure, per essere più "realisti", è più agevole operare delle presunzioni di dolo diretto[14]. Il vero problema sorge laddove il contesto di base è ambiguo, come alcune ipotesi di contagio da HIV[15], oppure, rapporti sessuali di tipo *bondage* o sadomaso[16], oppure, è addirittura lecito. In questi settori, come ad esempio la responsabilità medica, la circolazione stradale, la sicurezza sui luoghi di lavoro, l'impiego del dolo eventuale è alquanto problematico, non tanto (o non solo) per la sua definizione, quanto per la sua prova[17].

In questo breve quadro riassuntivo di alcune problematiche sul tappeto si inseriscono le Sezioni Unite Thyssenkrupp, la cui premessa metodologica è quella di ricostruire il dolo eventuale in maniera rispettosa del principio di determinatezza sia nell'accezione sostanziale (attraverso una chiara scelta definitoria), sia in quella processuale (enucleando alcuni indici probatori).

2. Come sostenuto in premessa, l'impostazione metodologica delle Sezioni Unite è senza dubbio da condividere[18], anche se alcuni passaggi argomentativi della pronuncia presentano luci, altri alcune ombre[19]. Un'ombra è certamente l'aver omesso di criticare le teorie minoritarie che negano la legittimità del dolo eventuale sul piano normativo e costituzionale[20]. Anche autori che ammettono la rilevanza penale del dolo eventuale, prendono atto della sua natura sostanzialmente analogica e del fatto che le "teorie negazioniste" presentano comunque validi argomenti[21].

Una luce invece è certamente da rinvenire nel tentativo di "superamento" delle teorie rappresentative. V'è da segnalare che la giurisprudenza successiva alle Sezioni

---

[13] Su questi aspetti, diffusamente, v. S. Fiore, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli 2007, 50 ss., 146 ss., da ultimo sui rapporti fra sostanza e processo, v. K. Volk, *Diritto processuale, diritto sostanziale e politica criminale,* in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio S. Moccia,* Napoli 2017, 37 ss. e spec. 42.

[14] M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza,* in *DPenCont* (1) 2014, 114 ss.

[15] O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale,* Milan, 2006, 100.

[16] M. Donini, *Il dolo eventuale,* cit., 114 ss.

[17] Critico su questa eccessiva dilatazione del campo applicativo del dolo eventuale, v. M. Ronco, *Dolo, colpa, responsabilità oggettiva per il delitto di riciclaggio,* in *IP,* 2013, 12 ss.

[18] G. De Vero, *Dolo eventuale, colpa cosciente e «costruzione separata» dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli 2011, 888; Id., *Corso di diritto penale*, cit., 490.

[19] G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il 'mistero' del dolo eventuale*, in *RIDPP,* 2014, 1938 ss.

[20] A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale*, cit., 13 ss.; G. Forte, *Morte come conseguenza di contagio*, cit., 289; R. Pannain, *Manuale,* cit., 437.

[21] G. Fiandaca, *Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?*, in *FI,* 2009, II, 414 ss.; G. De Vero, *Il dolo e la preterintenzione,* in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa,* a cura di G. De Vero, Torino 2010, 194.

Unite è divisa fra un orientamento maggioritario che ne valorizza i principi esplicitati[22] ed altro orientamento che, nonostante un ossequio formale, se ne discosta e continua ad applicare teorie sconfessate dalla Suprema Corte[23]. Nota a tutti la distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente basata sulla rappresentazione: se questa rimane sul piano astratto vi sarebbe colpa, se invece ad una rappresentazione astratta fa seguito una in concreto si avrebbe dolo[24]. Questa teoria, molto fortunata in giurisprudenza, viene criticata da tempo dalla dottrina e da ultimo dalle Sezioni Unite. Queste ultime utilizzano un percorso argomentativo originale perché, da una parte, sostengono che la rappresentazione non può essere il criterio distintivo fra dolo e colpa (stante l'art. 61 n. 3 Cp che attesta come la rappresentazione sia elemento comune a dolo e colpa con previsione); dall'altra, la rappresentazione del dolo presenta elementi peculiari rispetto alla rappresentazione propria della colpa con previsione[25]. In altri termini, la colpevolezza dolosa sarebbe diversa da quella colposa. L'argomentazione di questo punto però convince meno. Qui le Sezioni Unite tentano di far "dottrina"[26], dal momento che l'esistenza di una colpevolezza dolosa distinta da quella colposa è assunto per nulla pacifico in dottrina e tutto da dimostrare[27] e che sarebbe tra l'altro

---

[22] Cass. 11.2.2015, n. 8561, in *CEDCass, m. 262882* ; Cass. 9.4.2015, n. 14548, in *CEDCass, m. 263241*; Cass. 26.5.2015, n. 22065, in *CEDCass, m. 263689*; Cass. 11.6.2015, n. 24699, in *CEDCass, m. 263621*; Cass. 13.7.2016, n. 29700, in *CEDCass, m. 267622*; Cass. 21.4.2016, n. 16585, in *CEDCass, m.263522*.

[23] Cass. 30.9.2014, n.43348, in *CEDCass, m. 260858*; Cass. 18.5.2015, n. 20445 in *CEDCass, m. 264311*; Cass. 20.3.2015, n. 11851 in *CEDCass, m. 261112*; Cass. 30.4.2015, n. 18212 in *CEDCass, m.265512*. Vi sono anche sentenze, di poco successive alle Sezioni Unite, che non richiamano nemmeno il precedente della Cassazione, v. Cass. 24.9.2014, n. 36949, in *CEDCass, m. 256122*; Cass. 28.10.2014, n. 52530 con nota di M. Dova, *Dolo eventuale: la Cassazione ritorna al passato. Un contrasto solo formale*?, in www.penalecontemporaneo.it, 18.3.2015, 1 ss., e con nota di A. Foti, *Quale il discrimine tra dolo eventuale e colpa cosciente?*, in *DG*, 2014, f.1, 48; Cass., sez. V, 10 febbraio 2015, n. 19554, in *Italgiure.*

[24] E. Pessina, *Elementi di diritto penale*, Napoli 1880, 161; E. Mezger, *Diritto penale,* PG, Milano 1935, 365; O. Vannini, *La dottrina del dolo e i reati di pericolo*, in *RIDPP*, 1917, I, 385 ss.; Id., *Istituzioni di diritto* penale, pt. gen., Firenze 1939; B. Alimena, *Principi di diritto penale*, I, Napoli 1910, 292 ss.; M. Spasari, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo,* Milano 1956, 125 ss.; M. Gallo, *Appunti di diritto penale. Il reato. L'elemento psicologico*, Torino 2001, 58 ss.; G. Marini, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, 460 ss.; C. F. Grosso, voce *Dolo (diritto penale)*, in *EG*, XII, Roma, 8; A. Fiorella, *Il reato come fatto offensivo, dominabile e riprovevole. Le strutture del diritto penale,* II, Torino 2017, 178 ss.

[25] Da ultimo, critica questa affermazione delle Sezioni unite, per i riflessi negativi che provocherebbe nella distinzione della colpa cosciente rispetto a quella incosciente, V. Mongillo, *Il lato oscuro della rappresentazione: riflessioni sulla colpa con previsione alla luce della sentenza Schettino,* in www.penalecontemporaneo.it., 14.2.2018, il quale ritiene che il lato rappresentativo del dolo e della colpa con previsione sia identico, differenziandosi i due stati soggettivi per la presenza della volontà rivolta all'evento nell'ipotesi del dolo. La colpa con previsione di deve caratterizzare per una rappresentazione effettiva e concreta dell'evento, che il soggetto ritiene che non si realizzerà perché, ad esempio, sottovaluta il rischio (p. 16 ss.).

[26] M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale,* in www.penalecontemporaneo.it, 6.6.2016.

[27] G. Fiandaca, *Le sezioni unite,* cit., 198 ss. Le posizioni sono molto variegate in dottrina, ma l'opinione maggioritaria è nel senso che per una imputazione a titolo di dolo possa bastare un rimprovero di colpevolezza colposa, secondo la logica conseguenza dell'applicazione dei principi derivanti dalla sentenza 364 del 1988 della Coste costituzionale. Sono ormai lontani i tempi in cui il dolo e la colpa erano analizzati come parte di un "genere" (colpevolezza) che condivideva con loro la sua natura

ultra petita. Le teorie rappresentative non possono condividersi perché se la rappresentazione sul piano astratto non si tramuta in dolo a seguito di una contro-rappresentazione che in concreto fa ritenere al soggetto che l'evento non si verificherà, vi sarà colpa ma incosciente. Inoltre, questa contro-rappresentazione, da cui muovono queste teorie, non ha appigli normativi nell'art. 61 n. 3 Cp[28]. Per aversi colpa cosciente il soggetto deve mantenere la rappresentazione dell'evento fino all'ultimo momento in cui perde il dominio finalistico dell'azione.

Una ulteriore luce è la critica delle teorie oggettive o del rischio, ma sul punto si ritornerà, e della teoria dell'accettazione del rischio[29]. L'accettazione del rischio è un concetto alquanto indeterminato e soprattutto non può essere accolto perché trasformerebbe il dolo di danno in un dolo di pericolo. Se bisogna utilizzare questa formula dovrà essere corretta in "accettazione dell'evento"[30]. Dal punto di vista sostanziale è certamente più corretto utilizzare la formula dell'accettazione dell'evento, più attenta alle garanzie e ad evitare il pericolo di una *deminutio doli*, cioè della sua riduzione da dolo di danno a dolo di pericolo. Non è però affatto peregrina e da sottovalutare l'osservazione che le due formule finiscono però per equivalersi dal punto di vista processuale[31], dal momento che il materiale probatorio è spesso scarno, tant'è che non mancano in dottrina proposte di considerare, in via eccezionale, l'accertamento del dolo eventuale *ex post*[32] anziché *ex ante* come comunemente avviene per gli stati soggettivi[33]. Accettazione dell'evento è dunque formula retorica da

---

psicologica [G. Bellavista, *Il problema della colpevolezza*, Palermo 1942, 119 ss.]. Ma già allora appariva chiaro allo studioso che l'impossibilità di costruire un "concetto unitario di colpevolezza" era la prova lampante della profonda diversità che caratterizzava il dolo dalla colpa [G. Musotto, *La colpevolezza, dolo e colpa*, Palermo 1939, 31; M. Gallo, *Concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951, 60.; Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Padova 1982, 287.]. La concezione normativa della colpevolezza, slegandosi da coefficienti psicologici effettivi, accomuna in un rimprovero di tipo normativo sia il dolo, caratterizzato da coefficienti psicologici effettivi, sia la colpa, pregna di coefficienti psicologici potenziali [G. Vassalli, *La colpevolezza,* in *Scritti giuridici*, vol. I, tomo II, Milano 1997, 1124; G. De Francesco, *Diritto penale*, Torino 2011, 335; G. De Vero, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *RIDPP*, 1998, 830]. Sulla possibilità di differenziare colpevolezza dolosa e colposa, v. M. Donini, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. Cost. 364/1988 sull'ignorantia legis*, in *Jus 17*, 269 ss.; Fornasari, *Colpevolezza*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano 2006, 967 ss. 969; S. Canestrari, G. De Simone, L. Cornacchia, *Manuale di diritto penale*, *Parte generale*, Bologna 2008, 275-281; C. Fiore, *Diritto penale*, *Parte generale*[3], Torino 2008, 155; A. Nappi, *Guida al codice penale*, cit., 165.

[28] G. De Francesco, *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative,* in *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici,* a cura di R. Borsari, L. Sammicheli, C. Sarra, Padova 2015, 124 ss.

[29] La stessa autorevole dottrina che difende il criterio dell'accettazione, prende atto di alcune precisazioni che la teoria in esame merita affinché possa rispettare appieno il principio di colpevolezza, v. M. Romano, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *RIDPP* 2015, 567 ss.

[30] M. Romano, *Dolo eventuale,* cit., 567 ss.; D. Pulitanò, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale,* in *RIDPP* 2013, 29 ss.; S. Prosdocimi, *Dolus eventualis*, Milano 1993, 24 ss., 129 ss.

[31] F. M. Iacoviello, *Processo di parti,* cit., 486 ss.; G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di chiarire,* cit., 1947.

[32] M. Donini, *Il dolo eventuale,* cit., 102.

[33] F. Mucciarelli, *Dolo e colpa tra prevedibilità e previsione,* in *LP,* 2012 546 ss.

preferire per ragioni di sensibilità culturale alle garanzie, sul piano pratico cambia molto poco.

Ultima luce da evidenziare è l'opzione per la ricostruzione del dolo eventuale in chiave volontaristica. La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente passa attraverso la volontà diretta all'evento, presente nel primo e assente nella seconda. L'agente è in dolo eventuale, secondo le Sezioni Unite, quando prende «*in carico l'evento o vi è un'adesione all'evento, con rappresentazione concreta e lucida della realistica prospettiva della possibile verificazione dell'evento concreto costituente effetto collaterale della sua condotta, si sia per così dire confrontato con esso ed, infine, dopo aver tutto soppesato, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l'eventualità della causazione dell'offesa*».

3. La ricostruzione del dolo come volontà, operata dalle Sezioni Unite, rischia di risolversi in una "promessa non mantenuta"[34], perché la definizione del dolo come volontà è un impegno difficile da mantenere proprio sotto il profilo della determinatezza, almeno nell'accezione processuale. La scelta del dolo eventuale in chiave volontaristica non è nuova nel panorama delle Sezioni Unite, tant'è vero che già le Sezioni Unite Nocera[35] avevano prediletto questa via e avevano ripescato, come criterio probatorio, la seconda formula di Frank che meglio può essere adattata ai presupposti della condotta e soprattutto non contiene un giudizio ipotetico come la prima formula. Il soggetto si rappresenta la possibilità di integrare o non integrare la fattispecie di reato, le cose possono andare in un modo o nell'altro, ma agisce comunque, costi quel che costi[36]. Inoltre, l'accertamento del dolo eventuale, con riferimento ai presupposti, sarebbe più agevole rispetto a quello riferito all'evento che è futuro e non è detto che si realizzerà. Il dolo rispetto al passato è più semplice da provare rispetto al dolo riferito al futuro[37]. Nel primo caso, dato che l'evento deve ancora realizzarsi sarà più difficile provare la volizione rispetto ad esso, tant'è che si ricorre ad argomenti come la schermatura del rischio o l'operosa volontà di evitare, che proverebbero l'assenza di volizione. La giurisprudenza per gli eventi futuri non applica la formula di Frank e, quando ciò accade, ad una adesione formale corrisponde

[34] Scontato il richiamo alla monografia sulla determinatezza di S. Moccia, *La promessa non mantenuta,* Napoli 2001.

[35] Cass. S.U. 26.11.2009, n. 12433, Nocera, in *DPP* 2010, 5, 537; M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *CP,* 2010, 2555 ss., in senso critico, ma con riferimento alla possibilità di applicare il dolo eventuale ai presupposti del reato, v. A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale,* cit., 222 ss.; G. Ruggiero, *Appunti sull'aspetto conoscitivo del dolo nel delitto di ricettazione,* in *RTrimDPenEc* 2010, 311 ss. In precedenza, sulle difficoltà della prova del dolo eventuale rispetto ai presupposti della condotta, v. G. Forte, *L'elemento soggettivo nel riciclaggio*, in *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare,* a cura di A. Manna, Torino 2000, 197 ss.; G. Losappio, *Rischio consentito, accettazione del rischio e dolo: il caso della ricettazione di assegno*, in *RTrimDPenEc* 2000, 87 ss.

[36] A. Pecoraro Albani, *Il dolo*, Napoli, 1955, 424 ss; G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale*, PG, Milano 2015, 279.

[37] Distinzione proposta da D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*[2], Torino 2013, 126 ss.

un suo sostanziale aggiramento o, quantomeno, l'affiancamento ad essa di altri indici valutativi, in un criticabile sincretismo additivo[38]. Nel secondo caso, con riguardo ai presupposti della condotta, caratterizzati da un alto grado di rappresentazione, si fa seguire anche un più agevole paradigma probatorio della volizione. L'agente si trova a rappresentarsi una situazione tipica formata di dati reali già esistenti, per cui il suo atteggiamento è esso stesso la prova della volizione del fatto. In altri termini, per usare la formula di Frank, il soggetto si rappresenta il fatto come certo, e agisce comunque. In questi casi, il giudizio ipotetico della formula è ridotto al minimo, vale a dire dovrà valutarsi l'esistenza e l'incidenza sul comportamento dell'agente dello stato di dubbio[39]. Si dovrà analizzare in che modo e se l'agente ha superato lo stato di dubbio, essendo quest'ultimo compatibile sia col dolo sia con la colpa[40]. Se il soggetto si è attivato per comprendere la provenienza della *res* e non vi è riuscito vi sarà colpa, ma se si è disinteressato della provenienza della *res* perché l'acquisto è troppo importante per lui, allora, sarà in dolo.

Già qui però le Sezioni Unite se concedevano, con una mano, una lettura forte e volontaristica del dolo, con l'altra tentavano di arginare la scelta al caso oggetto di giudizio cioè la distinzione fra ricettazione (art. 648 Cp) e incauto acquisto (art. 712 Cp). Una "sentenza di parte speciale" da non generalizzare, assunto certamente da non condividere perché non si comprenderebbe la ragione per cui nei delitti contro il patrimonio il dolo eventuale dovrebbe avere una connotazione volontaristica che, invece, dovrebbe perdere nei delitti contro la vita in cui è consolidata la tesi dell'accettazione del rischio[41]. Se la tesi del dolo come volontà rispecchia al meglio la definizione del dolo espressa dall'art. 43 Cp, non è corretto limitarla ad un settore della parte speciale e creare, di conseguenza, disparità di trattamento con analoghe problematiche che afferiscono, ad esempio, ai delitti contro la vita. In altri termini, il confine fra dolo eventuale e colpa cosciente dovrebbe essere identico in tutto il sistema penale, salvo espresse deroghe legislative per tipi di reato. Ma non è questo il caso, perciò creare limitazioni alla tesi del dolo come volontà da parte dell'interprete ci sembra vada a violare il principio di uguaglianza, in quanto si tratterebbe la stessa problematica (la distinzione dolo/colpa) in maniera fortemente differenziata a seconda delle tipologie di reato[42]. Differenziare il criterio discretivo fra dolo e colpa, sempre in assenza di dati normativi che depongano in tal senso, contrasterebbe anche

[38] G. Fiandaca, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente,* cit., 154.
[39] Critico sulla possibilità di distinguere il dolo eventuale a seconda delle tipologie di reato: M. Gallo, *Prove d'autore,* in Id., *Moralitè,* Napoli 2011, 170; M. Donini, *Il dolo eventuale*, cit., 70 ss., 116 ss., Id., *Considerazioni critico-costruttive sul principio di colpevolezza*, in Id., *Alla ricerca di un disegno*, Padova 2003, 253 ss.
[40] M. Donini, *Il dolo eventuale*, cit., 70 ss.
[41] M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione*, cit., 2555 ss.
[42] M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione*, cit., 2555 ss.

con il carattere della coerenza interpretativa[43] che dovrebbe ispirare l'interprete nel ricostruire un sistema giuridico coerente e unitario[44].

Più sofisticato, ma non meno pericoloso, è il tentativo, operato dalle Sezioni Unite Thyssenkrupp, di ridimensionare la portata della definizione volontaristica del dolo eventuale. Presumendo la buona fede delle Sezioni Unite, la teoria degli indicatori può, per una strana eterogenesi dei fini, risolversi in un "annacquamento" della volontà[45], fino a rilegittimare formule e teorie scartate dal massimo organo nomofilattico.

Vi sono indicatori certamente utili a ricostruire il processo decisionale in chiave soggettiva e volontaristica[46] e su cui ritorneremo per ulteriori precisazioni. Si tratta della «congruenza del prezzo connesso all'evento non direttamente voluto rispetto al progetto d'azione»; delle «conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verificazione dell'evento»; della formula di Frank[47]; dell'indagine sui motivi[48].

Altri indicatori enucleati dalle Sezioni Unite sono da criticare in quanto contraddittori con le premesse da cui la stessa Cassazione riunita prende le mosse. La lontananza della condotta dalla regola cautelare è infatti un criterio proprio della colpa, ed è palesemente contraddittorio rispetto alla premessa di individuare una colpevolezza dolosa diversa da quella colposa. Se c'è diversità fra le due forme di colpevolezza di conseguenza anche i criteri euristici devono differenziarsi. La condotta successiva al fatto non illumina né sul dolo né sulla colpa, tant'è che un pentimento postumo potrebbe essere compatibile col dolo intenzionale, la fuga dopo l'incidente può essere compatibile con la colpa e giustificata dalla paura. Il contesto lecito o illecito è un indicatore che può andar bene per teorie del rischio o normative, ma non per

---

[43] Sull'uguaglianza e sulla coerenza interpretativa nell'attività ermeneutica, v. S. Vinciguerra, *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio,* in A. Manna (a cura di), *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Pisa 2016, 41 ss.; senza considerare che dovrebbe essere preferita la ricostruzione più favorevole al reo, almeno se si ritiene che il *favor rei* sia canone interpretativo, v. M. Caterini, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema post-democratico dell'oligarchia giudiziaria*, in *Autorità e crisi dei poteri*, a cura di P. Helzel, A. P. Kato, Padova 2012, 99 ss., spec. 115 ss.

[44] R. Dworkin, *La giustizia in toga*, Roma-Bari 2010, 16; Id., *I diritti presi sul serio,* Bologna 1982.

[45] Ritiene che gli indicatori non siano sufficienti per accertare tale forma di colpevolezza, v. G. De Francesco, *Introduzione,* in *Evoluzione e involuzione delle categorie penalistiche,* a cura di G. De Francesco, F. Gargani, Milano 2017, 9. *Amplius*, su questo specifico punto, paventando il rischio di un ritorno al sistema delle prove legali, Id., *Crepuscolo dei dogmi? Appunti sparsi su di una problematica moderna,* in www.lalegislazionepenale.eu., 11.7.2017.

[46] G.P. Demuro, *Il dolo,* II, cit., 451 ss.; M. Pierdonati, *Dolo e accertamento*, cit., 171 ss.

[47] In difesa della formula si schiera: L. Eusebi, *Verso la fine del dolo eventuale?*, in D. Brunelli (a cura di), *Il mistero del dolo eventuale,* Torino 2014, 135 ss., spec. 149

[48] P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Torino 2000, 147; M. Donini, *Il dolo eventuale,* cit., 101 ss.; Caruso, *La discrezionalità penale,* Padova 2009, 359 ss. Si pone l'accento, tra i possibili indici probatori dell'indagine sul movente, sul motivo che spinge ad agire, differenziando tra motivo approvato dall'ordinamento (che darà vita a una forma di imputazione per colpa cosciente) e motivo disapprovato (che farà scattare l'imputazione per dolo eventuale). Nel dolo eventuale, a differenza del dolo in genere, è necessaria una indagine sui motivi, dal momento che qui verifichiamo, più che altrove, la presenza di una colpevolezza dolosa staccata dal fatto soggettivo, v. M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 2006, 323 ss.; P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, cit., 135 ss.

ricostruzioni in chiave soggettiva del dolo. Anche l'indicatore relativo alla «durata e la ripetizione della condotta spericolata», ritenuto da una parte della dottrina recente[49] particolarmente confacente a stabilire il *discrimen* fra dolo e colpa nell'ambito dei procedimenti penali per eventi legati alla circolazione stradale, non è univoco, ben potendo la reiterazione della condotta inosservante essere realizzata nel pieno affidamento delle proprie capacità di governare quella specifica situazione di rischio[50].

Il rischio concreto è dunque che quella definizione volontaristica di dolo si perda in chiave processuale, anche perché, per espressa ammissione delle Sezioni Unite, gli indicatori non sono tassativi[51], pena la violazione del divieto di prove legali, per cui è il singolo giudice della causa che ha le "mani libere" nel valorizzare quello che emerge dal materiale probatorio.

Si tratta di un'occasione nomofilattica parzialmente persa, come già avvenuto nel caso delle Sezioni Unite Maldera, il criterio selettivo enunciato per distinguere fra concussione e induzione indebita, viene successivamente rimesso in discussione, lasciato alla discrezionalità del giudice di merito[52]. Gli indicatori dunque rischiano di nuocere alla determinatezza, «*si tratterebbe di meta-massime di esperienza, secondo le quali in base a ciò che di regola accade non si risale direttamente alle due articolazioni della sostanza psicologica del dolo ma vengono individuati i contrassegni che di solito consentono di dirimere l'alternativa dolo eventuale/colpa con previsione*»[53].

---

[49] A. Menghini, *L'omicidio stradale,* Napoli 2016, 113-116. In effetti, si dice, più violazioni cautelari ci sono, più viene reiterata la condotta inosservante e maggiormente probabile che l'agente l'abbia commessa con dolo.

[50] L'affidamento sulle proprie capacità di governare il rischio è elemento sintomatico della colpa non del dolo, v., con ulteriori precisazioni e puntualizzazioni, v. M. Masucci, *op.cit.*, 117 ss.; Id., *Dolo e governo penale dell'economia,* in M. Marconi, G. Catenacci, *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente,* Torino 2009, 59. Critico sugli indicatori enucleati dalla Cassazione, perché non distinguono situazioni diverse di dubbio sui presupposti e dubbio sulle conseguenze della condotta, v. D. Brunelli, *Appunti sul dolo diseguale, tra "dubbio conoscitivo" e "dubbio predittivo"*, in *Studi in onore di Mauro Ronco,* a cura di E. M. Ambrosetti, Torino 2017, 207 ss., per il quale, ad esempio, la lontananza dalla regola cautelare da adottare è un indice della volontà soltanto nell'ipotesi in cui non vi sia un dubbio conoscitivo. In effetti, la soluzione in termini di dolo offerta dalla giurisprudenza di primo grado sulla vicenda ThyssenKrupp si è potuta sostenere solo in quanto si è partiti dall'assenza di dubbi conoscitivi sui presupposti della condotta, cioè l'assenza di cautele antinfortunistiche.

[51] Ad esempio nella materia ambientale possono emergere anche altri indicatori: C. Ruga Riva, *Dolo e colpa nei reati ambientali,* in www.penalecontemporaneo.it, 19.1.2015, 17; Critica per certi aspetti alcuni indicatori elencati dalle Sezioni Unite, G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano,* cit., 1948, in particolare gli indicatori relativi agli stati emozionali e quelli meramente soggettivi, da una parte perché difficilmente accertabili, dall'altra perché forse contraddicono la visione razionalistica del dolo eventuale tratteggiata dalla Cassazione. Altresì, G. De Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente,* cit., 89.

[52] M. Donini, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013 – 14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e. a., e alla legge n. 190 del 2012*, in *CP,* 2014, 1482 ss.; D. Brunelli, *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, in *AP* 2013, 71 ss.; A. Sessa, *Sezioni unite Maldera e nomofilachia dei casi: barlumi di valore nella giurisprudenza*-fonte, in *RTrimDPenEc* 2014, 811 ss.; M. Gambardella, *La linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita: i requisiti impliciti del "danno ingiusto" e "vantaggio indebito", i casi ambigui, le vicende intertemporali*, in *CP* 2014, 2018 ss.

[53] G. Losappio, *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in www.penalecontemporaneo.it, 23.5.2017, 13 ss.

4. Al netto delle critiche sugli indicatori, resterebbe di buono l'opzione in chiave volontaristica del dolo eventuale, con essa quegli indicatori che sono strettamente collegati con questa analisi. Purtroppo le cose non sono così semplici. Ad esempio è da tempo che la c.d. formula di Frank viene criticata perché basata su di un giudizio ipotetico[54], e se è vero che anche la causalità omissiva è ipotetica[55], non meno vero è il fatto che il giudizio causale ipotetico funziona come presupposto per l'applicazione delle leggi scientifiche, cosa che non avviene nell'ambito del dolo[56]. Ma soprattutto, la critica più forte, non sappiamo ancora se vincente, che viene mossa al dolo come volontà, è legata all'assunto che la volontà non esisterebbe. In altri termini, la volontà, sia nelle citate sentenze delle Sezioni Unite, sia nel panorama dottrinale che ricostruisce il dolo come volontà[57], presuppone un agente razionale, una razionalità minima o elementare[58]. È quasi uno stereotipo ripetere che, nostro malgrado in assenza di leggi scientifiche, il dolo si prova con massime di comune esperienza, figlie della psicologia del senso comune. Se il diritto penale deve essere improntato al principio di realtà[59], parte della dottrina, più attenta ai rapporti con la scienza[60], pone all'attenzione dei penalisti come la psicologia cognitiva riconosce però alla coscienza e alla volontà spazi di autonomia molto ristretti rispetto alla psicologia del senso comune (c.d. *folk psicology*). La scienza dimostra che un ruolo importante nelle decisioni lo assumono le emozioni che in diritto penale non hanno formalmente cittadinanza data la disposizione dell'art. 90 Cp, superata solo dal buon senso della giurisprudenza e della dottrina[61]. Ma ancora molti penalisti, pur sostenitori di tesi volontaristiche, negano che le emozioni possano incidere sulla volontà e

---

[54] Su questo aspetto la letteratura è ampia, però, da ultimo sul carattere ipotetico della formula di Frank, v. G. Gentile, *"Se io avessi previsto tutto questo…". Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile,* Napoli 2013, 643 ss., e spec. 667 ss. e bibliografia ivi citata.

[55] Sulla natura ipotetica della causalità omissiva, v., per tutti, E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *RIMedLeg* 1992, p. 830 ss.; per l'utilizzo di giudizi di natura ipotetica per accertare gli stati soggettivi, v. L. Eusebi, *Verso la fine del dolo eventuale,* cit., 126.

[56] G. De Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tutt'ora incerto,* in *RIDPP,* 2015, 77 ss.; V. Mormando, *Paradigma indiziario e problema della modernità*, in V. Garofoli (a cura di) *Unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo,* Milano 2005, 89 ss.; C. Fiore, *La teoria generale del reato,* cit., 102; L. Tumminiello, *Il volto del reo,* Milano 2010, 27 ss. e spec. 97 ss.

[57] L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, cit., 100 ss.; S. Prosdocimi, *Dolus eventualis*, cit., 114; G.P. Demuro, *Il dolo*, I, Milano, 2007; G. Cerquetti, *La rappresentazione e la volontà,* cit., 154 ss.; Id., voce *Reato doloso,* in *DigDPen,* Agg. IV, 2008, 975; M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo,* in *RIDPP,* 2014, 1953 ss..

[58] Anche prescindendo dalla specifica tematica del dolo eventuale, la dottrina penalistica continua a calibrare le indicazioni di politica criminale sulla scorta di un agente razionale, v. P. Sorbello, *Politica criminale ed osservanza delle regole. Riflessioni su limiti e possibilità di conversione al razionale dei comportamenti,* in *RIDPP* 2016, 1914 ss.

[59] D. Pulitanò, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico,* in *RIDPP* 2006, 795 ss.; G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale,* Roma – Bari 2017, 98 ss.

[60] O. Di Giovine, *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, in www.penalecontemporaneo.it, 30.1.2017.

[61] A. Manna, *Corso,* cit., 388.

sull'accertamento del dolo[62]. Sempre questa dottrina[63] ci ricorda come la psicologia sociale per prima ha ammesso uno scarto fra meccanismi motivazionali e rappresentazione degli stessi e che la psicologia cognitiva sostiene che la coscienza è distorta da errori cognitivi, superati dalle c.d. euristiche, perciò, in estrema sintesi, solo le deliberazioni ponderate e in stato di rilassatezza possono essere volontarie[64]. Estremizzando si nega l'esistenza di un mondo interiore, le nostre motivazioni all'agire sono razionalizzate *ex post*, attraverso confabulazione[65], il che smentisce l'indagine sui motivi, indicatore utilizzato dalla dottrina e dalle Sezioni Unite[66]. In ultima analisi, questa dottrina critica anche il parametro di accertamento su cui si strutturano molte massime di esperienza e una serie di teorie sul dolo eventuale (ad es., ma non solo, la tesi del bilanciamento[67]), vale a dire l'autore razionale che si risolverebbe, addirittura anche in settori come l'economia[68], in una mera formula retorica, priva di sostrato empirico, dal momento che l'agente reale decide in base alle emozioni e assume contegni non perfettamente razionali.

5. Se le osservazioni avanzate dalla dottrina, secondo cui il ruolo della volontà sarebbe estremamente ridotto per non dire nullo, fossero esatte, ciò verrebbe a significare, secondo noi, che la definizione di cui all'art. 43 Cp perderebbe ogni suo valore prescrittivo[69]. Le definizioni normative sono vaghe, meno tassative delle norme di parte speciale, a volte possono essere inopportune[70], ma laddove esistono hanno un

---

[62] Per limitarci alla manualistica, v. D. Pulitanò, *Diritto penale,* cit., 310. Sul difficile rapporto che il diritto penale ha storicamente avuto con le emozioni, E. Musumeci, *Emozioni, crimine, giustizia*, Milano 2015.

[63] O. Di Giovine, *Il dolo*, cit., 10.

[64] La volontà così come ricostruita dalla psicologia del senso comune la si riscontrerebbe dunque soltanto nelle ipotesi di premeditazione, v. su questi aspetti: F. Mazza, *La premeditazione,* Padova 2016, 209 ss.

[65] O. Di Giovine, *Il dolo,* cit., 12 ss., a cui si rinvia anche per la letteratura scientifica ivi citata.

[66] M. Donini, *Il dolo eventuale,* cit., 103 ss.; P. Astorina, *Il dolo del medico: tra tipicità sociale dell'attività medica e "specialità" dell'elemento soggettivo*, in *RIMedLeg* 2015, 187 ss.

[67] S. Prosdocimi, *Dolus eventualis,* cit., *passim.*

[68] O. Di Giovine, *Il dolo*, cit., 10 ss. Per una critica alla ricostruzione dell'agente economico come uomo perfettamente razionale, v. altresì B. Magro, *Manipolazioni dei mercati finanziari e diritto penale. Una critica al modello di razionalità economica,* Milano 2012, 41 ss.; e bibliografia ivi richiamata, ancora, Id., *La formazione dei prezzi nel mercato finanziario: crisi della razionalità del mercato e massime di esperienza*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia,* Torino 2017, 521, la quale però ritiene che il metro di valutazione sia un agente limitatamente razionale e recupera l'utilizzo di massime di esperienza. Su questi temi si veda ancora: F. Centonze, *Gli scandali finanziari e i limiti dell'intervento penalistico,* in AA.VV., *Scritti per Federico Stella,* II, Napoli 2007, 980.

[69] Rimanere ancorati alla psicologia del senso comune, così come ancora fanno molti giuristi, non eliminerebbe i rischi di scarsa afferrabilità empirica dei concetti di coscienza e volontà di cui all'art. 43 Cp. G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale,* Roma-Bari 2017, 98 ss.

[70] Sull'utilità e i rischi delle definizioni legislative nell'ambito degli elementi soggettivi, v. J. De Faria Costa, *Le definizioni legali del dolo e della colpa quali semplificazioni delle norme definitorie del diritto penale*, in *Omnis definitio in jure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Padova 1996, 268; Frisch, *Le definizioni legali nel diritto penale tedesco*, in *Omnis definitio*, a cura di A. Cadoppi, cit., 200 e 218.

valore orientativo e prescrittivo. Quando si giunge però implicitamente a sostenere che la definizione è sostanzialmente anacronistica perché si riferisce ad un elemento, la volontà, privo di sostanza, la conseguenza è l'annullamento del valore normativo dell'art. 43 Cp. Il contrasto con il tenore letterale dell'art. 43 Cp. non sarebbe dunque più un'obiezione spendibile, il che significa che tutte le teorie sul dolo eventuale hanno o possono avere cittadinanza, così come in quei sistemi penali privi di definizione degli elementi soggettivi[71].

Si torna al punto di partenza, bisogna cioè nuovamente "potare l'albero" delle formule sul dolo, ma senza le "forbici" date dalla definizione normativa. Bisognerà utilizzare le "mani" degli argomenti. Se così è, è bene però precisare che non si ritengono i tempi maturi per affidare la definizione e la prova del dolo a teorie emozionali, suffragate dalle acquisizioni delle neuroscienze che, porterebbero attraverso le tecniche di *brain imaging*, nel processo le emozioni dell'agente. Così che se l'agente mostra adesione all'evento vi sarà dolo, al contrario si verserà in colpa[72].

Il rischio evidente è di un ritorno al diritto penale d'autore[73], l'appiattirsi sul dato naturalistico e sulla scienza fa perdere di vista come il diritto abbia una funzione prescrittiva e non descrittiva. Il diritto è orientato al dover essere e non all'essere, perciò le acquisizioni di qualunque scienza, se da tenere in considerazione[74], non possono glissare la parte assiologica e valutativa presente nei concetti giuridici e anche nel dolo[75]. Inoltre, le indagini di *brain imaging* sono realizzate *ex post*, a processo penale in corso, e dunque è tutta da valutare l'attendibilità scientifica e processuale. In altri termini se la confabulazione esiste, varrà anche per tale indagine diagnostica[76].

---

[71] Così come avviene in Germania, in cui in assenza di definizione legale, si scontrano, a suon di argomenti, le teorie rappresentative e volitive, le quali, a detta di W. Hassemer, *Caratteristiche del dolo*, in *IP*, 1991, 484, si sarebbero limitate a parafrasare il codice penale, ma senza apportare contributi significativi nella definizione di dolo.

[72] Scettici sulla possibilità di prova degli atteggiamenti soggettivi attraverso le tecniche di *imaging*: P. Ferrua, *Epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. Cataldo Neoburger, Milano 2007, 9 ss.; Id., *Neuroscienze e processo penale,* in *Diritto penale e neuroetica,* a cura di O. Di Giovine, Padova 2013, 259 ss.

[73] U. Fornari, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo?*, in *CP* 2012, 2715 ss.; A. Manna, *Tutela penale del sofferente psichico*, in *Trattato di biodiritto*, *Le responsabilità in medicina*, diretto da Rodotà, Zatti, Milano 2011, 1113 ss.; S. Moccia, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale,* in *DPP* 2016, 681 ss. e spec. 683; W. Hassemer, *Perchè punire è necessario*, Bologna 2012, 203.

[74] G. Fiandaca, *Appunti sul "pluralismo" dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo,* in *La Corte d'Assise,* 2011, 84; A.J. Kolber, *Will be there a Neurolaw Revolution?*, in *Indiana Law Journal*, 2014, 808; F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto,* in www.penalecontemporaneo.it, 12.12.2017.

[75] G. Marinucci, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in AA. VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1996, 144, 145; G. Fiandaca, *Sul dolo eventuale,* cit., 152 ss.; G.P. Demuro, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale,* in *DPenCont* 2012 (1), 142 ss.

[76] A. R. Felthous, M.D. Henning Sab, *Introduction to this issue: International Perspectives on Brain Imaging and the Law,* in *Behavioral Sciences and the Law*, 2008. 22; R. Tancredi, J.D. Brodie, *The brain and behaviour: Limitation in the legal use of functional magnetic resonance imaging*, in *American Journal of Law and Medicine* 2007, 294.

Se non ci sembra, allo stato, opportuno rifugiarsi totalmente nella scienza, parte della dottrina ritorna, con forza, a proporre le teorie oggettive, cioè quelle teorie che distinguono il dolo dalla colpa in forza della tipologia, del grado e della qualità del rischio[77]. Queste tesi sono note a tutti ed è inutile ripercorrerle, risulterebbero rinvigorite proprio perché non sarebbe possibile muovere loro l'obiezione legata al tenore letterale dell'art. 43 Cp, che comunemente viene loro mossa. È possibile però muovere loro un'obiezione di carattere costituzionale, legata al rimprovero di colpevolezza (artt. 27, co. 1 e 3 Cost.)[78], dal momento che si glisserebbe sull'atteggiamento soggettivo del reo, rischiando di creare figure di *dolus in re ipsa* e tramutando il dolo, composto da componenti psicologici effettivi, in una figura basata su elementi psicologici potenziali. Queste tesi inoltre non considerano che il rischio grave, elevato, sconsiderato, irragionevole, folle è silente rispetto all'atteggiamento soggettivo dell'agente, anzi, l'aver attivato un rischio elevato può essere un comportamento che, a livello soggettivo, può spaziare dalla colpa incosciente, a quella cosciente, fino al dolo eventuale. L'obiezione decisiva alle teorie del rischio però ci sembra quella che sconfessa l'apparente vantaggio che esse promettono, vale a dire il recupero di determinatezza. Le teorie del rischio si espongono infatti all'obiezione del paradosso del sorite[79], vale a dire che non è possibile determinare con sufficiente precisione quando il pericolo attivato passa dalla colpa al dolo.

Alle teorie rappresentative che pur potrebbero essere rilegittimate dalla perdita di cogenza dell'art. 43 Cp, può essere, invece, mossa ancora l'obiezione che parte dall'art. 61 n. 3 Cp, vale a dire la rappresentazione è elemento comune al dolo ed alla colpa. In questo caso, per poter legittimare le teorie rappresentative bisognerebbe dimostrare che la rappresentazione del dolo sia qualitativamente o quantitativamente diversa da quella della colpa, il che al momento non ci sembra risultato acquisito.

6. Al caos che si verrebbe a creare qualora eliminassimo per via interpretativa la definizione codicistica, ci sembra preferibile optare per una soluzione aderente al

---

[77] M.A. Bustina Siu, *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia*, Lima, 2014, 55 ss.; J. Tavares, *La dommatica del reato e il concetto delle relazioni della vita,* in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio S. Moccia,* Napoli 2017, 359 ss.; J. Cuello Contreras, *Finalidad, imprudencia e imputación*, in *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, I. Madrid 2008, 783 ss.; Id., *Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2009, 37ss.; G. Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Buenos Aires 2011; I. Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg 2002, 35 ss.; G. Jakobs, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, in *ZStW*, 2002, spec. 588 ss.; Id., *Strafrecht*, AT2, Berlin - New York 1991, 8/22 ss.; R. Raguès i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona 1999, 25-186; Id., *Consideraciones sobre la prueba del dolo*, in *Revista de estudios de la justicia*, 2004, 13 ss.; C. Roxin, *Über den "dolus eventualis"*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli 2011, 1201 ss.; L. Greco, A. Leite, *Claus Roxin, 80 anos*, in *Revista Libertades,* 2011, 97 ss.

[78] M. Donini, *Il dolo eventuale,* cit., 89 ss.

[79] I. Molina Fernandez, *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal*, Bogotá 2007, 70, autore che però supera apparentemente l'obiezione ritenendo che il dolo differisca dalla colpa in forza della qualità del pericolo. Su questi aspetti, sia consentito il rinvio a G. Salcuni, *Il silenzio del rischio la loquacità del fine: per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale,* Pisa 2017, 38 ss.; 118 ss.

tenore letterale della norma. L'art. 43 Cp non definisce semplicemente il dolo come volontà, ma secondo una particolare forma di volontà cioè diretta verso un fine, in altri termini «secondo l'intenzione». Anche a non voler conferire eccessiva importanza alla contrapposizione fra gli stati soggettivi del «secondo l'intenzione» e del «contro» o «oltre l'intenzione», a noi sembra che il legislatore avesse in mente un autore doloso fin quando l'evento collaterale risulti funzionale, strumentale, agevolatore rispetto all'intenzione. Le ipotesi colpose si verificheranno così nelle situazioni di frustrazione dell'intenzione, in effetti questo sembra un punto di forza delle Sezioni Unite Thyssenkrupp, vale a dire aver precisato che la formula di Frank, criterio probatorio per accertare il dolo, non funzioni nelle ipotesi in cui l'evento collaterale frustri il fine in vista del quale l'agente agisce.

Questo punto non è pacifico, né in giurisprudenza (v. *infra*) né tantomeno in dottrina, tanto è vero che, nell'opera di rivisitazione della formula di Frank, condotta, ad esempio, da Luciano Eusebi, questo giudizio ipotetico andrebbe corretto nelle ipotesi, piuttosto rare, in cui il prodursi dell'evento accessorio vanifica il conseguimento dello scopo ultimo perseguito dall'agente attraverso la sua condotta[80]. Sono situazioni in cui l'agente non avrebbe tenuto la condotta, se fosse stato certo che ne sarebbe derivato l'evento offensivo, in quanto simile esito comprometterebbe i suoi piani, a meno che già *ex ante* l'agente non abbia messo in conto o accettato anche il fallimento del suo fine pur di provare a realizzarlo[81].

La frustrazione del fine come limite dell'imputazione dolosa non è accettata in dottrina, la quale, ritiene che in queste ipotesi non sia da escludere il dolo[82]. Tale tesi non è da condividere perché contrasterebbe col dato letterale dell'art. 43 Cp che

[80] L. Eusebi, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi di una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale,* in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano,* II, Napoli 2011, 975 ss. e spec. 980 ss.; Id., *Formula di Frank e dolo eventuale in CP, S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp),* in *RIDPP,* 2015, 623 ss., e spec. 634, ora anche in *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, a cura di M. Bertolino, G. Ubertis, Napoli 2015, 167 ss.

[81] Sembra essere questa la prospettiva, vicina anche alla tesi di Luciano Eusebi, seguita da Ass. Milano, 2.7.2014, Brega Massone, in www.penalecontemporaneo.it, 15.12.2014, con commento di M. Montanari, *La sentenza della Corte d'Assise di Milano sul caso Santa Rita (c.d. 'clinica degli orrori'),* in www.penalecontemporaneo.it, 15.12.2014. La sentenza è stata confermata da Ass. App. Milano, 21.12.2015, inedita.

[82] S. Prosdocimi, *Dolus eventualis,* cit., 244; Id., voce *Reato doloso*, in *DigDPen*, XI, Torino 1996, 245 ss.; G.P. Demuro, *Il dolo,* II, cit., 451 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale,* cit., 319; R. Bartoli, *La sentenza sul rogo della Thyssenkrupp: tra prassi consolidata e profili di innovazione,* in *LP* 2012, 529 ss.; K. Summerer, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso ThyssenKrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa,* in *CP* 2015, 490 ss.; M. N. Masullo, *Infortuni (mortali) sul lavoro e responsabilità penale del datore di lavoro: ripristinato il primato del modello colposo?,* in *DPP,* 2013, 935 ss.; S. Raffaele, *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza,* in *RIDPP* 2012, 1077 ss.; Id., *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori sintomatici,* in www.penalecontemporaneo.it, 5.6.2015; A. Aimi, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp,* in www.penalecontemporaneo.it, 6.11.2014, 11.; A. Cappellini, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le sezioni unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva,* in www.penalecontemporaneo.it, 4.6.2015, 25 ss.

descrive il dolo come espressione di una particolare forma di volontà, cioè coincidente con quella di intenzione[83].

Tale interpretazione restrittiva del concetto di volontà e di conseguenza del dolo, ci sembra preferibile anche per i suoi riflessi sul rispetto del principio di determinatezza[84].

La definizione normativa può ritenersi determinata allorché esprime un nucleo fondamentalmente omogeneo di disvalore penale[85]. Sicché qualora si facesse rientrare nella stessa nozione di dolo eventuale sia quegli autori che agiscono in vista di eventi accessori funzionali al fine, sia quelli che agiscono realizzando eventi collaterali che frustrano il loro fine, non si contribuirebbe a delineare una nozione che esprima un nucleo di disvalore omogeneo e quindi determinata[86].

Si aggiunga, in una diversa (ma non molto) accezione della determinatezza, che la fattispecie per essere tale deve altresì far confluire nella stessa cornice edittale di pena disvalori omogenei[87], di modo che, per ragioni analoghe a quelle appena esposte, si preferisce questa reinterpretazione della prima formula di Frank in termini funzionali all'intenzione. Affinché ci sia dolo occorre così un'adesione all'evento, giacché il dolo è essenzialmente volontà; si ha dolo eventuale se si è ponderato tutto e si è scientemente deciso di posporre la salvaguardia del bene protetto al fine che si perseguiva. La prima formula di Frank è il primario criterio indiziario, quello che conferisce certezza, ma non sempre è utilizzabile per difetto di informazioni che ci facciano comprendere cosa sarebbe successo se ci si fosse rappresentato l'evento come certo. Se l'evento collaterale significa farsi del male non vi è dolo eventuale ma colpa cosciente, salvo che non via sia assoluta certezza che l'agente abbia messo nel conto di provocare a sé un pregiudizio. In altri termini, niente dolo eventuale se l'evento collaterale significa frustrazione del fine. Tali rei non possiedono la medesima colpevolezza, od una ragionevolmente equiparabile, a quella di chi agisce intenzionalmente o anche di chi agisce con indifferenza criminale[88]. La loro colpevolezza pare invece più prossima (cioè ragionevolmente equiparabile) a quella dei rei colposi.

---

[83] L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, cit., 37, 44, 77, 175.

[84] Oltre alla monografia citata in precedenza di S. Moccia, risulta altresì fondamentale il contributo di F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie,* Padova 1979, *passim*.

[85] In estrema sintesi è la tesi proposta da F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie,* cit., 179 ss.; Id., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006, 51 ss.

[86] Ricostruire il dolo in maniera rispettosa del principio di determinatezza consente di ricondurre «*tutte le forme di dolo, dalla più intensa alla meno intensa in una medesima forma di colpevolezza in ragione di tratti comuni e di un disvalore equiparabile ai fini della strutturazione del rapporto fra il tipo d'illecito e la cornice edittale di pena*» D. Pulitanò, *I confini del dolo*, cit., 49 ss., seppur l'A. propende per una ricostruzione del dolo eventuale diversa da quella portata avanti nel presente contributo.

[87] Nell'accezione che fu proposta in dottrina da M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, Torino 1979.

[88] Pongono giustamente l'accento sul fatto che il dolo eventuale debba avere un disvalore analogo alle altre forme di dolo, con diversità nelle conclusioni, v. D. Pulitanò, *I confini del dolo*, cit., 53; A. Aimi, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 18 ss.

Sul versante dell'accezione processuale della determinatezza, per intenderci quella per cui il legislatore deve porre a fondamento della fattispecie fatti suscettibili di essere provati empiricamente[89], vi è chi ha dubitato della legittimità del dolo eventuale perché impossibile da provare. Sarebbe così il terreno probatorio la conferma dell'inesistenza giuridica di una categoria dottrinale priva di fondamento nel diritto positivo[90]. La prova del dolo eventuale potrebbe derivare dalla sola confessione, ma salvo questa rara ipotesi, tale prova risulta *diabolica* perché risiede nella difficoltà di dimostrare uno stato soggettivo del reo in "carne ed ossa"[91] e non alla luce di un agente modello o di un giudizio di valore compiuto dal giudice[92]. Si viola così il principio di determinatezza perché la volontà, che presupporrebbe un'indagine sulle reali motivazioni, non sarebbe accertabile neanche attraverso l'esperienza psichiatrica[93]. La psichiatria non ha alcun modo di sapere quali pensieri, esattamente, erano presenti nella coscienza dell'individuo, in un momento dato.

Queste conclusioni rischiano però di provare troppo. In primo luogo, esse presuppongono l'idea che i fatti oggetto di prova diretta siano più sicuri rispetto a quelli provati attraverso prova indiretta, logica o indiziaria, la qual cosa è tutta da dimostrare[94]. In secondo luogo, la personalizzazione del giudizio non si può spingere fino a considerare l'agente in "carne ed ossa" altrimenti non proveremmo neanche la colpa, bisognerà sempre ricorrere ad astrazioni o, per meglio dire, ad individualizzazioni[95]. In questo tentativo, ci sembra proficuo costruire una figura di dolo eventuale analoga più possibile al dolo diretto che non pone problemi di accertamento, perché caratterizzata da una piena congruenza tra volizione e realizzazione. Allora, il dolo eventuale deve esprimere, per risultare compatibile con il dettato codicistico, un rapporto di strumentalità fra fine ed evento collaterale. Il che risponde anche alla logica del "senso comune", perché chi agisce nonostante la previsione che, a causa della propria condotta, possa realizzarsi un evento pregiudizievole per i suoi obiettivi, non ha ponderato e soppesato i rischi rappresentati

---

[89] In generale sui rapporti fra determinatezza e processo, v. S. Fiore, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli 2007, con specifico riguardo al problema del dolo, v. S. Fiore, *Il dolo,* in G. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro (a cura di), *La prova dei fatti psichici,* Torino 2010, 53 ss.; altresì, R. Bartoli, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in ivi, 217 ss.

[90] G. L. Vitale, *Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*, Buenos Aires 2013, 34 ss.; H. Gutièrrez, *Contra el dolo eventual*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Criminología, Teoría y Praxis*, 2001, 11 ss.

[91] P. Moro, *La volontà relazionale nel reato. Contributo filosofico alla definizione del dolo,* in R. Borsari, G. Sammicheli, C. Sarra (a cura di), *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici,* Padova 2015, 63 ss. Su questi temi, già M. Maiwald, *Ai confini fra dolo e colpa,* in J. Pradel, A. Cadoppi (a cura di), *Casi di diritto penale comparato,* Milano 2005, 28 ss.

[92] G. L. Vitale, *Dolo eventual como construcción desigualitaria,* cit., 119 ss.

[93] M. A. Terragni, *"Dolo Eventual y Culpa Consciente: Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales"*, Santa Fé 2009, 275 ss.

[94] Sui pericoli della prova diretta, v. L. Sartori, C. Lico, G. Sammicheli, *Il Riconoscimento: recenti sviluppi scientifici e ricadute giuridiche,* in N. Raimondi (a cura di), *Studi in onore di Armando Veneto,* Soveria Mannelli 2015, 101 ss.

[95] Sulla distinzione fra giudizio soggettivo e individualizzante, v. G. P. Fletcher, *Grammatica del diritto penale,* Bologna 2004, 182.

dalla verificazione dell'evento con i propri desiderata[96], altrimenti non avrebbe agito[97]. Nella psiche del colpevole, la volontarietà dell'evento fine esclude la volontarietà dell'evento accessorio che impedisce il raggiungimento del fine[98].

6.1. Su questi temi si è interrogata anche la giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite Thyssenkrupp, si pensi, da ultimo, ad un recente caso giudiziario assunto agli onori della cronaca e che ha visto condannati alcuni medici per omicidio doloso, con dolo eventuale, per aver effettuato alcuni interventi, inutili e perciò privi di finalità terapeutica, dai quali è derivata, come conseguenza prevista, la morte[99]. Il fine che avrebbe animato gli imputati sarebbe di natura economica, cioè far ottenere indebitamente alla Casa di cura privata in cui operano i rimborsi che per tali prestazioni eroga la Regione. La Corte di Assise di Milano muove, nel solco ormai della consolidata giurisprudenza, nel definire il dolo eventuale in chiave volontaristica e soprattutto richiamando l'idea che per esservi dolo l'evento accessorio deve essere previsto e deve risultare un prezzo obbligato da pagare per raggiungere il proprio obiettivo[100].

Quanto agli indicatori, sempre riecheggiando gli schemi argomentativi delle Sezioni Unite, la Corte d'Appello ne individua alcuni[101] come: il grado di rischio; il contesto illecito; la presenza o l'assenza di urgenza dell'intervento medico; la reiterazione della condotta; l'assenza di misure volte ad evitare l'evento; gli artifici o gli inganni utilizzati dal soggetto agente[102]; le conseguenze negative della verificazione dell'evento per il soggetto agente.

Su questo indicatore interessa però soffermarsi, dal momento che la Corte non esclude in radice che eventuali conseguenze negative previste possano elidere il dolo eventuale, forse ciò può accadere generalmente, salvo però l'ipotesi in cui sia possibile affermare che la certezza dell'avverarsi dell'evento lesivo non avrebbe distolto l'agente dal perseguire i suoi piani[103]. Il che può, ad esempio, verificarsi in caso di evento avverso (morte del paziente), la cui riconducibilità diretta all'operato dei medici non è

---

[96] A. Aimi, *Dolo eventuale e colpa cosciente,* cit., 49 ss.

[97] E. Runggaldier, *Cosa sono le azioni? Un confronto filosofico con il naturalismo,* Milano 2000, 208; in posizione in parte diversa, v. A. Antonietti, *Emozione e pensiero nella presa di decisione: che cosa ci insegnano le evidenze neurobiologiche?,* in L. Eusebi (a cura di), *Dinamiche della volizione e libertà,* Milano 2008, 97 ss.

[98] C. Prittwitz, *Dolus eventualis und Affekt. Ein Beitrag zur Kriminologie des Allgemeinen Teils des StGB,* in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1994, 462 ss.

[99] Ass. Milano, 9.4.2014, Brega Massone e altri, in www.penalecontemporaneo.it, 15.12.2014, p. 597 ss.

[100] Ass. Milano, 9.4.2014, Brega Massone, cit., 589.

[101] Sul punto si veda anche M. Montanari, La sentenza della Corte d'Assise di Milano sul caso Santa Rita (c.d. "clinica degli orrori"), in www.penalecontemporaneo.it, 15.12.2014.

[102] Indicatore questo non presente fra quelli indicati dalle Sezioni Unite ThyssenKrupp, ma come noto, è ben possibile per il giudice di merito ricavarne altri dalle circostanze di fatto. Tale indicatore dimostra quanto sia forte «la determinazione del soggetto nel perseguire la propria finalità e, quindi, tanto più probabilmente può ritenersi sussistente il dolo eventuale». M. Montanari, *op. cit.*

[103] L. Eusebi, *La prevenzione dell'evento non voluto,* cit., 980 ss.

evidente, ben sapendo i potenziali denuncianti o inquirenti che ogni operazione è di per sé rischiosa.

I gradi di merito, in punto di elemento soggettivo doloso, sono stati sconfessati dalla Cassazione, anche se al momento non si conoscono le motivazioni della stessa. Ad ogni modo, sviluppando quest'ultimo indicatore appare difficile asserire il dolo degli imputati, infatti, se il fine è economico bisogna tener conto che le morti a seguito di interventi, pur laddove non si risolvano in procedimenti penali, costituiscono comunque un danno all'immagine dei medici. Danno che può arrecare una contrazione della domanda di potenziali interventi, può comportare il dirottamento dei pazienti verso altre strutture. La volontà può lambire certamente l'intervento che, unitamente all'assenza di finalità terapeutica, può condurre l'interprete a qualificarlo in termini di lesioni dolose[104], ma si dubita che ci si possa spingere fino a sostenere che il dolo possa ricomprendere, in questi casi, anche la morte dei pazienti. Non è tanto dunque la possibilità di essere scoperti, ipotesi ritenuta remota dai gradi di merito, a frustrare il fine ma le conseguenze immediate e dirette dell'intervento negativo sul fine economico e sulla possibilità di continuare ad intervenire.

Il dolo eventuale in altri termini funziona solo laddove l'evento da imputare è funzionale al fine, agevola il fine, solo così può definirsi «secondo l'intenzione», il che comporta una restrizione delle imputazioni dolose, dal momento che rientrerebbero nel dolo eventuale solo quegli stati psicologici effettivi che risultano analoghi al dolo diretto[105], determinando l'assorbimento dei "casi dubbi" nell'area della colpa con previsione (in ossequio al principio *in dubio pro reo*).

7. Per quanto si voglia lavorare sul concetto di volontà e di intenzione, non si può non convenire con chi da tempo ha sostenuto che l'art. 43 Cp è norma incompleta[106]. La tematica è stata affrontata soprattutto con riferimento all'oggetto del dolo, ma noi riteniamo che la stessa incompletezza sia presente anche rispetto alle forme del dolo. Lo studio della parte speciale ha mostrato come esistono fattispecie con forme di dolo intenzionale esclusivo (art. 388, 427, 431, 508 Cp)[107]; forme di dolo intenzionale non esclusivo (artt. 323, 404, co. 2 Cp); forme di dolo intenzionale implicito (artt. 317 e 367, ultima parte, Cp)[108]; forme a elemento soggettivo teleologicamente qualificato (artt.

---

[104] Cass., Sez. IV, 23.9.2010, n. 34521, Huscher, in De Jure. Su questi temi, da ultimo, per un richiamo anche della dottrina e della giurisprudenza, v. Masera, *I delitti contro la vita*, in Viganò, Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e il patrimonio*[2], Torino, 2015, 118 ss.

[105] L. Eusebi, *Verso la fine del dolo eventuale?,* cit., 125 ss. Soluzione questa criticata da M.N. Masullo, *Infortuni (mortali) sul lavoro e responsabilità penale del datore di lavoro: ripristinato il primato del modello colposo?,* in *DPP,* 2013, 933 ss.; *contra:* G. Gentile, *"Se io avessi previsto",* cit., 662 ss.

[106] M. Gallo, *Il dolo,* cit., 155; Id., *Appunti,* cit., 21 ss.; A. Pagliaro, *Il fatto di reato*, Palermo 1960, 141; Id., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto,* in Id., *Il diritto penale fra norma e società,* Milano 2009, 558 ss.; N. Mazzacuva, voce *Evento*, in *DigDPen*, IV, Torino, 1990, 445 ss.; S. Prosdocimi, *op. cit.,* 49, 50; T. Padovani, *Dolo e coscienza dell'offesa al momento degli addii?,* in *CP* 1984, 524.; D. Petrini, *Il dolo*, in C. F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, Pisa *Manuale di diritto penale,* PG, Milano 2013, 329.

[107] A. Natalini, *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p. e pretesa esclusività della finalità tipica: l'avallo della Cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica*, in *CP* 2004, 3206.

[108] C. Benussi, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Padova 2012, 540 ss.; F. Contento, *La*

640, 356, 378, 414 Cp); forme di dolo diretto a rappresentazione qualificata (artt. 368, 648, 712 Cp)[109]; forme di dolo specifico derogatorie, laddove è richiesto il verificarsi dell'evento collaterale[110]; fattispecie con esclusivo dolo diretto o eventuale tipizzato. Il problema delle forme di dolo è dunque un problema non solo di parte generale, ma che quest'ultima condivide con la parte speciale[111], perciò il dolo eventuale va ricostruito muovendo anche dalle ipotesi di dolo eventuale tipizzate.

Non si tratta di molte fattispecie di reato, la più "evidente" al momento ci sembra l'art. 223, co. 2, n. 2, LFall. Il coefficiente di imputazione soggettivo della citata norma è discusso fra un orientamento, ormai superato, che lo inquadra nella responsabilità oggettiva, un diverso punto di vista che, in omaggio al principio di colpevolezza, qualifica la responsabilità di tipo preterintenzionale[112], un'altro, preferibile, vi ravvisa un'ipotesi di dolo eventuale tipizzato[113]. Ci sembra questa l'interpretazione preferibile rispetto a quella che rilegge la norma come ipotesi di preterintenzione, perché quest'ultima se rispetta il principio di colpevolezza, non altrettanto fa con il principio di uguaglianza e di personalità della pena, punendo nello stesso quadro edittale condotte dolose e preterintenzionali.

L'art. 223, co. 2, n. 2, LFall, oltre ad essere una ipotesi di dolo eventuale tipizzato, avvalora anche la tesi secondo cui l'evento collaterale imputato a titolo di dolo eventuale deve essere conforme al fine in vista del quale muove l'agente, ma mai frustrazione dello stesso. Ciò lo si ricaverebbe dalla locuzione «cagiona con dolo» che è volta ad individuare l'autore che agisce con dolo diretto o intenzionale a cagionare il fallimento della società (un vero e proprio *dolus malus*)[114], nella seconda parte della disposizione, con quel richiamo «all'effetto di operazioni dolose», seppur discostandosi dall'ipotesi di *dolus malus* precedente, non la rinnega del tutto, cioè in questo caso l'autore non agisce con l'intenzione di far fallire la società, ma agisce per un fine diverso, ma pur sempre pregiudizievole per i creditori. Si pensi ad un amministratore che perde in una operazione di puro rischio, avulsa dall'oggetto sociale, tutte le risorse della società, rappresentandosi che un esito negativo possa determinare il dissesto della società. Se il fallimento è la negazione del piano d'azione ricadremmo nell'art. 224, cioè la colpa, laddove si punisce l'aver ritardato il fallimento. Ciò perché la condotta è, anche soggettivamente, finalizzata alla prosperità della società ed il dissesto risulta l'evento antagonista.

---

concussione, Bari 1970, 149. Sulla simulazione di reato, v. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, PS,* II, Milano 2000, 90.

[109] D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose,* Torino 2013, 103.

[110] P. Veneziani, *Spunti per una teoria del reato condizionato,* Padova 1992, 90 ss.

[111] Sui rapporti fra parte Generale e parte Speciale, v. T. Padovani, L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna 2002. Per uno sviluppo di questa argomentazione, sia nuovamente consentito il rinvio a G. Salcuni, *Il silenzio del rischio,* cit., 185 ss.

[112] Tesi da ultimo riproposta da D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale, una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto il fallimento,* in *RTrimDPenEc,* 2014, 39 ss., e bibliografia ivi citata.

[113] P. Venturati, *Le operazioni dolose nella bancarotta societaria*, in *RTrimDPenEc*. 1990, 582.

[114] A. Fiorella, *La bancarotta impropria,* in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale,* a cura di A. Fiorella, Torino 2013, 327.

8. Quanto esposto nei paragrafi precedenti potrebbe essere tranquillamente smentito riprendendo le osservazioni di quella dottrina[115] che, rifacendosi alle più moderne acquisizioni della psicologica cognitiva e delle neuroscienze, tenta di superare le acquisizioni della psicologia del senso comune e il metro di giudizio basato sull'agente razionale. In altri termini, la nostra idea, confermata dal dato normativo, per cui non possa esservi dolo eventuale quelle volte in cui l'evento frustra il fine in vista del quale l'agente si determina, sarebbe frutto o presupporrebbe una nozione di agente razionale, riflessivo, cosciente che sarebbe confutata[116].

Ebbene, con tutte le cautele del caso e pur volendo mantenere un atteggiamento comunque di apertura e di dialogo verso le nuove acquisizioni scientifiche, ci sembra che i risultati della psicologia cognitiva e delle neuroscienze, al momento, possono legittimare qualunque tesi giuridica esistente, avendo o mantenendo un mero valore argomentativo. Tentando di precisare questo punto, in dottrina sono emerse prese di posizione che, sulla scorta dei dati neuro-scientifici, legittimano costruzioni del dolo in chiave rappresentativa[117], oppure, interpretazioni che ritengono confermata la tesi del dolo come volontà, già propria della filosofia tomistica, sulla base delle neuroscienze[118]. Se l'apporto della scienza è essenziale per un diritto penale orientato a vincoli di realtà, è anche vero che la scienza può e deve avere ingresso nel diritto penale sostanziale quando riesce a garantire un grado elevato di certezza, come richiesto dal principio della responsabilità penale personale[119]. Orbene, essendo i dati neuro-scientifici ancora incerti e possibilmente utilizzabili a favore o contro una determinata tesi, essi possono essere spesi come argomenti, ma non possono allo stato consentire alcun superamento delle acquisizioni in tema di dolo raggiunte dalla dottrina penalistica e dalla psicologia del senso comune.

Ma vi è di più, il dolo, come la causalità e la colpa, non può essere ridotto al mero dato naturalistico, bisogna continuare a rivendicare l'autonomia del diritto[120], perché attraverso il dolo, la causalità o la colpa, vengono veicolati anche giudizi di tipo assiologico[121]. Questi giudizi di tipo assiologico presuppongono un agente razionale,

---

[115] O. Di Giovine, *Il dolo eventuale,* cit., 15 ss.

[116] O. Di Giovine, *Il dolo eventuale,* cit., 15 ss.

[117] A. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale,* Torino 2016, 261-262; M. Bertolino, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, cit., 13 ss.; così ci sembra anche la casistica giurisprudenziale che affronta l'utilizzabilità delle indagini neuroscientifiche nella prova del dolo, sul punto si vedano le indicazioni di F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze,* cit., 22 ss.

[118] M. Ronco, *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere: un commiato o una riscoperta?,* in *Diritto penale e neuroetica,* a cura di O. Di Giovine, Padova 2013, 67 ss.

[119] Da ultimo, su queste problematiche, seppur non specificamente sul tema dell'imputazione soggettiva dolosa, v. R. Bartoli, *Diritto penale e prova scientifica,* in www.penalecontemporaneo.it, 15.2.2018, 8-10.

[120] Sull'autonomia del diritto, da ultimo, v. L. Di Carlo, *Teoria istituzionale e ragionamento giuridico,* Torino 2017, cap. I.; in posizione differente, ma ad ogni modo tale da rivendicare una autonomia del diritto dalle scienze naturali, v. S. Fuselli, *Ripensare l'uomo, ripensare il diritto? Sui supposti fondamenti neurobiologici del diritto*, in *Etica&Politica* 2014, 101 ss. e spec. 127 ss.

[121] Vi sarebbero dietro le scelte di imputazione valutazioni di tipo assiologico che non possono essere estromesse soltanto in forza delle acquisizioni neuroscientifiche, v. C. Roxin, *Il fondamento politico*

perché la razionalità è criterio che pervade il sistema giuridico[122], dal legislatore (con i controlli di ragionevolezza art. 3 Cost.), al giudice (con i controlli sulla motivazione art. 111, co. 6, Cost.), all'imputato[123]. L'aspetto più importante è proprio quest'ultimo, cioè la razionalità dell'imputato. Questa è presupposta dal sistema giuridico in sé, perché la colpevolezza normativa presuppone un rapporto autore-norma orientato da relazioni oggettivamente cognitive e, perciò, razionali[124]. L'illegittimità costituzionale dell'art. 159, co. 1, Cp, nella parte in cui, «ove lo stato mentale dell'imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile», può essere spiegata sia ricorrendo al principio di uguaglianza[125], sia per ragioni processuali[126], ma, a ben considerare, tale soluzione può essere ben argomentata sulla base del principio di colpevolezza. È vero che queste ipotesi riguardano una incapacità sopravvenuta al fatto di reato, quindi non è un problema di imputabilità, ma se il soggetto deve essere in grado di capire il significato della sanzione, questa capacità di comprensione deve sussistere fino al momento dell'inflizione della pena. Soluzione questa della Corte costituzionale divenuta legge a seguito della riforma Orlando (l. 23.6.2017, n. 103), che ha previsto l'art. 72 *bis* del Cpp[127]. La norma si riferisce ai soggetti affetti da disturbi cognitivi irreversibili e, dunque, incapaci di relazionarsi con l'ordinamento sia per difendersi sia per comprendere il significato del processo e della sanzione.

Se l'autore deve comprendere il distinguo fra lecito e illecito, orientarsi secondo libere scelte d'azione e capire, in caso di trasgressione, il perché del rimprovero, è ovvio che ci si riferisca o si presupponga un agente razionale[128]. E per questo rapporto autore-norma che il suo operare sarà valutato da un punto di vista di un soggetto razionale, perché il suo comportamento dovrà essere nomologico (orientato dalle norme) e

---

criminale delle dottrine generali del diritto penale, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica,* cit., 5 ss.; G. Jakobs, *Sistema dell'imputazione penale,* Napoli 2017, 65 ss.

[122] M. Gascòn Abellàn, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*[2], Madrid 2004, 77; D. Gonzàlez Lagier, *"La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima"*, in *Nuevo Foro Penal*, 2005, 35; J.D. Dìez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito (bases metodológicas)*, Valencia 1990, 305, il quale sostiene che <<anche con i suoi difetti, difficilmente vi può essere un riferimento più solido e accreditato per il contenuto degli elementi soggettivi che li collega alla loro realtà psicologica-individuale. Questo ha una grande importanza per quanto riguarda la garanzia dei principi di legalità e di certezza del diritto e come argine di fronte all'estensione della discrezionalità del giudice>>.

[123] Sviluppiamo qui una riflessione di F. M. Iacoviello, *Processo di parti,* cit., 470 ss.; M. Bertolino, *prove neuro-psicologiche,* cit., 127 ss.; A. Aimi, *Dolo eventuale e colpa cosciente,* cit., 330 ss.

[124] E. Paliero, *Principio di colpevolezza e reati economici*, in *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici,* a cura di R. Borsari, L. Sammicheli, C. Sarra, Padova 2015, 17 ss.

[125] Questa è sostanzialmente la via prescelta da Corte cost., 25.03.2015, n. 45, in *DPP* 2015, 537 ss.

[126] Ragioni compendiabili nel diritto di difesa (art. 24) e durata ragionevole del processo (art. 111), v. M. Daniele, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più eterni giudicabili,* in www.penalecontemporaneo.it, 20.4.2015.

[127] A. Giarda, *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie e accelerazioni funzionali,* in *DPP* 2017, 1302 ss.

[128] G. Jakobs, *Sistema dell'imputazione penale,* Napoli 2017, 68 ss. e *passim*, secondo cui il sistema dell'imputazione penale presuppone autori in grado di dialogare con l'ordinamento (*id est* un concetto di persona in senso giuridico) e tali non sono i non imputabili.

ontologico (orientato dalla realtà)[129]. Il dolo, anche quello eventuale, prende in considerazione soltanto autori razionali, non potendo ancora abbandonare le categorie classiche dell'imputazione soggettiva[130], dal momento che esiste ancora allo stato una differenza fra eseguire scientemente un'azione e decidere scientemente di compiere la stessa azione[131]. Si tratta di due momenti differenti e il ritardo tra spostamenti chimico-elettrici ed esperienza della volizione[132] nel mettere in atto un movimento non metterebbe in crisi il concetto di responsabilità giuridica[133].

9. L'aver offerto uno spunto per una futura lettura selettiva del dolo eventuale, non risolve tutti i problemi legati a questo istituto di confine, dal momento che il dolo eventuale risulta comunque soggettivamente meno grave rispetto alle altre forme di dolo (intenzionale e diretto). In altri termini, se la soluzione proposta, e cioè plasmare una nozione di dolo eventuale che discende da quella intenzionale, rispetta il principio di colpevolezza fondante, rischia comunque di contrastare con il principio di colpevolezza graduante[134]. Il giudice di merito potrebbe stemperare la problematica applicando sempre le attenuanti generiche (art. 62 *bis* Cp); già da tempo infatti si sostiene che, a livello di tipicità, il dolo eventuale si differenzi, sensibilmente, da quello intenzionale e diretto, perciò lo strumento che l'ordinamento offre per evidenziare questa differenziazione sta, quantomeno, nelle attenuanti generiche[135]. L'applicazione delle attenuanti generiche è soluzione che aggira il problema, ma che consente la sopravvivenza di un sistema penale ingiusto[136]. Ecco perché sul punto ci persuade l'idea di prospettare in chiave *de jure condendo* un'attenuante *ad hoc* per le ipotesi riconducibili al dolo eventuale[137]. Le critiche a tale impostazione sarebbero

---

[129] S. J. Morse, *Reason, results and criminal responsibility*, in *Ill. Law Rev*., 2004, 363 ss.; Id., *Addiction, genetics, and criminal responsibility*, in *LawContempProbl* 2006, 165 ss. Id., *Brain overclaim syndrome and criminal responsibility: a diagnostic note*, in *Ohio State JCrimLaw*, 2006, 397 ss.; G. Salcuni, *Il silenzio del rischio,* cit., 267 ss.

[130] G. Fiandaca, *Prima lezione,* cit., 182.

[131] Sull'impossibilità di comprendere il comportamento umano riducendolo al solo dato neurale, v. J. Dupré, *Natura umana. Perché la scienza non basta*, Roma-Bari 2001, 169.

[132] B. Libet, Mind Time. *Il fattore temporale nella coscienza*, Milano 2007, 224 ss.

[133] P. Haggard, *Human volition: towards a neuroscience of will*, in *Nature Reviews, Neuroscience*, IX, 2008, 934 ss.; S. Pinker *Tabula rasa. Perché non è vero che gli uomini nascono tutti eguali,* Milano 2005, 227; Id., *Mente, cervello e libero arbitrio*, MicroMega 2006, 66.

[134] M. Donini, L. Ramponi, *Il principio di colpevolezza,* in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*[4], Torino 2012, 344 ss.; R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005, 9. Critica però questa partizione della colpevolezza G. Caruso, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova 2009, 255 ss.

[135] G. De Francesco, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli 1978, 139.

[136] M. Donini, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/88 sull'ignorantia legis,* in *Jus 17*, 3, 2011, 259 ss.

[137] A. Boscarelli, *Proposte per una revisione tecnica del I libro del Codice penale*, in *Problemi generali di diritto penale - Contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano 1982, 103; G. De Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tutt'ora incerto,* in *RIDPP,* 2015, 77 ss.; Id., *Dolo eventuale, colpa cosciente e "costruzione separata" dei tipi criminosi,* in *Studi in onore di Mario Romano,* II, Napoli 2011, 883 ss.; G. Salcuni, *Il silenzio del rischio,* cit., 297 ss.; *contra*: S. Prosdocimi, *Dolus eventualis*, cit., 230; S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 322.

argomentabili presupponendo funzioni della pena in chiave preventiva, ma se si pone mente anche al profilo della proporzionalità fra pena e colpevolezza ci sembra necessario differenziare il trattamento sanzionatorio per colpevolezze diverse. A ben considerare, non è da condividere la tesi della non graduabilità del dolo, atteso che lo stesso codice penale sottopone il requisito dell'intensità del dolo ad una graduazione *ex* art. 133, co. 1, n. 3 Cp.

10. Ad ogni buon conto, le difficoltà di definire l'istituto e soprattutto le problematiche che anche una definizione tassativa non risolverebbero sul piano della colpevolezza commisurativa, non possono non far condividere l'osservazione secondo cui il dolo eventuale dovrà comunque essere usato in maniera ponderata[138], favorendo nel dubbio l'applicazione della colpa cosciente, perché sarebbe sempre preferibile correre il rischio di punire meno che di punire in eccesso rispetto alla reale colpevolezza del reo. Ne discende che risulta alquanto censurabile quella "stagione", forse passata o semplicemente in attesa di ritornare, dell'utilizzo del dolo eventuale, specie nella giurisprudenza di merito, per una particolare funzione politico criminale[139], in chiave stigmatizzante di certi comportamenti[140], frutto di una visione general preventiva del sistema penale, a scapito di esigenze legate al rispetto del principio di colpevolezza[141]. Si tratta di un uso del diritto penale che, seppur animato da "buone intenzioni", assume risvolti e caratteri illiberali[142] non potendo il diritto penale essere utilizzato come strumento per plasmare le coscienze.

Come detto il diritto non può essere ridotto al mondo dei fatti e la distinzione fra dolo e colpa riflette giudizi di tipo assiologico[143]. Dal momento che, per molto tempo,

---

[138] Quantomai opportuno l'invito alla cautela nell'utilizzo del dolo eventuale formulato da F. Palazzo, *Corso di diritto penale*[5], PG, Torino 2013, 311.

[139] La distinzione tra dolo e colpa è legata a istanze politico criminali cfr., con diversità di opinioni, G. Marinucci, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in Aa. Vv., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1996, 144, 145; G. Fiandaca, *Sul dolo eventuale,* cit., 152 ss.; G.P. Demuro, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale,* cit., 142 ss.

[140] A. Martini, *Tensioni generalpreventive e struttura del dolo: la volontà come stato potenziale*, in *DPP*, 5 ss.; M. Caldararo, *L'attuale atteggiarsi della categoria del "dolo eventuale" nel contesto della criminalità omicidiaria stradale*, *ibidem*, 21 ss.; R. Bartoli, *Brevi considerazioni in tema di prova del dolo eventuale*, *ibidem*, 29 ss.

[141] E.R. Belfiore, *La responsabilità del datore di lavoro e dell'impresa per infortuni sul lavoro: profili di colpevolezza*, in *AP* 2011, 351 ss.. Nonché M. Ronco, *La tensione tra dolo e colpa nell'accertamento della responsabilità per incidenti sul lavoro,* in *AP,* 2011, 325 ss.; R. Bartoli, *Il dolo eventuale sbarca anche nell'attività di impresa,* in *Dir. pen proc.,* 2012, 703 ss.; L: Masera, *Delitti contro la vita*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di F. Viganò, C. Piergallini, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, E. Paliero, VII, Torino 2011, 13.

[142] Critica che accomuna le teorie general-preventive della pena, v. più diffusamente G. Fiandaca, *Intorno a scopi e funzioni nel diritto penale,* in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile,* Napoli, 2016, 117 sss.; Id., *Prima lezione,* cit., 24.

[143] È una critica che si muove già alla ricostruzione del dolo, specie di quello eventuale, proposta da Welzel, la quale confonderebbe il piano naturalistico e quello valutativo, così C. F. Stuckenberg, *Dolo, consapevolezza dell'illecito, dottrina dell'errore,* in *Hans Welzel nella prospettiva attuale,* a cura di M. Pawlik e L. Cornacchia, Napoli 2015, 152 ss.

il confine fra dolo e colpa è stato tracciato da esigenze general-preventive[144], perché la sanzione prevista per l'imputazione colposa era ritenuta o avvertita, a torto o a ragione, troppo blanda a fronte di rischi elevati a cui erano esposti i beni giuridici, bisognerà verificare cosa accadrà, in tema di circolazione stradale, dopo l'entrata in vigore della legge sull'omicidio stradale.

Tale normativa, oggetto di aspre critiche[145], riduce l'ambito applicativo del dolo eventuale nella circolazione stradale[146]. Non viene meno la possibilità teorica di stabilire un confine fra colpa stradale e dolo, ma vengono a mancare le ragioni reali che giustificavano questa estensione, vale a dire la supposta inefficienza del carico sanzionatorio colposo rispetto ai rischi legati alla circolazione stradale. Ora, basti pensare che gli attuali quadri edittali in materia di responsabilità colposa da circolazione stradale consentono l'irrogazione di pene assai severe. Non v'è così alcuna necessità di snaturare la figura del dolo per punire adeguatamente comportamenti macroscopicamente e coscientemente inosservanti di cautele doverose[147]. Sarebbe sufficiente usare correttamente quel potere discrezionale in tema di commisurazione della pena, su cui però i giudici italiani sono ancora poco attenti[148]. Sicché, hanno ragione quegli studiosi i quali affermano che nelle condizioni attuali l'insistenza della pubblica accusa e, in alcuni casi, degli stessi giudici nel qualificare le condotte di cui abbiamo discusso come dolose assume una funzione prevalentemente simbolica[149], il

---

[144] La giurisprudenza ha, per questo motivo, esteso il dolo eventuale, in settori come la circolazione stradale, la responsabilità medica o gli infortuni sul lavoro. Su questi aspetti, v. L. Eusebi, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato,* in *RIDPP* 2000, 3, 1100; M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *RIDPP* 2013, 1183 ss.

[145] Critici della legge sull'omicidio stradale: V. B. Muscatiello, *L'omicidio perfetto (del buon senso). Note in margine alla riforma dei reati di circolazione stradale,* in *QuestG* 2015, 1 ss.; A. Manna, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ... circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in *AP* 2016, 7 ss.; E. Squillaci, *Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.4.2016, il quale addirittura dubita che il criterio di imputazione soggettivo delle fattispecie di nuovo conio sia la colpa, ma più propriamente, considerando le cornici edittali di pena, la sconsideratezza, cioè una forma intermedia di colpevolezza fra dolo e colpa; da ultimo, v. A. Nappi, *Razionalità complessiva del sistema: il c.d. omicidio stradale al banco di prova dei canoni di proporzione e offensività,* in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica, Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli 2017, 693 ss.; E. Addante, *Vox popoli vox Dei? L'omicidio stradale: una riforma figlia del tempo attuale,* in www.archiviopenale.it 2017, 23 ss.

[146] Critica questo aspetto: P. Pisa, *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in *DPP* 2016, 145 ss.; ma sul punto v. anche A. Massaro, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato",* in www.penalecontemporaneo.it, 20.5.2016.

[147] Comportamenti che destano allarme sociale per la loro gravità, se davvero sussistono dovrebbero essere tipizzati dal legislatore e puniti in apposite fattispecie di parte speciale, su questa scia, v. G. Cocco, *Gli insuperabili limiti del dolo eventuale. Contro i tentativi di flessibilizzazione,* in *RespCivPrev,* 2011, 1967; evidenzia la sensibilità della giurisprudenza verso le esigenze general-preventive in tema di circolazione stradale: H. D. Bosly, *Ai confini fra dolo e colpa,* in J Pradel, A. Cadoppi (a cura di), *Casi di diritto penale,* cit., 25 ss.

[148] G. Salcuni, *Quando l'autore incute paura. Riflessioni sull'aggravante dell'uso dell'arma nel delitto di rapina propria: "basta il pensiero"?,* in *GM* 2005, 2403 ss.

[149] A. Manna, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in AA.VV., *La società punitiva, Populismo, diritto penale*

cui scopo principale è quello di lanciare prima alle vittime e poi alla collettività un messaggio di severa stigmatizzazione di quelle attività lesive; mentre l'ulteriore scopo sarebbe quello di dimostrare che l'Autorità giudiziaria intende combattere con vigore queste forme di criminalità. Si assiste così all'emergere e all'autolegittimazione di nuovi soggetti (procure e giudici) che diventano promotori dell'etica pubblica[150]. L'effetto che si ottiene però con tale erronea scelta di politica criminale è assolutamente contrario a quello voluto, perché le derubricazioni del dolo in colpa ingenerano sconforto nei familiari delle vittime e un senso di insicurezza o quantomeno di incertezza nella collettività. Bisognerebbe una buona volta comprendere, come ammonisce Giovanni Fiandaca, che la giustizia penale è "un'arma a doppio taglio", «*una medicina ma al tempo stesso un veleno: uno strumento che, per risultare utile, deve essere usato con perizia e precauzione e che, in ogni caso, non è da solo adatto a risolvere i più gravi problemi della società*»[151].

simbolico e ruolo del penalista, in www.penalecontemporaneo.it, 21.12.2016, 10.

[150] Critico su questo aspetto, v. M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica,* Bologna 2014, il quale, più che una critica radicale all'attivismo delle Procure, evidenzia una presa di consapevolezza della sovraesposizione del penale, e dunque del giudiziale, al venir meno di un'etica pubblica condivisa. Sull'uso distorto e simbolico-propagandistico del diritto penale, v. A. Manna, *Il lato oscuro del diritto penale,* Pisa 2017.

[151] G. Fiandaca, *I magistrati e il controllo della virtù*, in *Il Foglio* 9.4.2015.