

**“L'ESSENZIALE È INVISIBILE AGLI OCCHI” – SULL'IMPUTAZIONE
DOLOSA, L'ERRORE COME STATO INTELLETTUALE
E LA PROVA INDIZIARIA NEL DIRITTO PENALE**

di Sandra Oliveira e Silva

(Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'attuazione in caso di errore e l'imputazione dolosa: questione di fatto o questione di diritto? – 3. La prova dell'errore, a chi spetta? (tra presunzione di innocenza e onere dell'argomentazione). – 4. La prova dell'errore, come viene fatta? (prova indiziaria, *standard* probatorio e *in dubio pro reo*). – 5. Considerazioni conclusive.

1. Papa Francesco, nell'udienza ai partecipanti al XX Congresso Mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale nel novembre 2019, ha messo in guardia dai pericoli di un diritto penale che «spesso trascura i dati della realtà e in questo modo assume la fisionomia di un sapere meramente speculativo». In effetti, la dogmatica penale non serve a risolvere la criminalità fatta di archetipici casi da manuale, «in cui, a seconda delle esigenze, si può attribuire all'autore qualsiasi tipo di posizione volitiva»¹. Nella peculiarità dei casi concreti che il diritto penale è chiamato a risolvere, la complessità aumenta e le costruzioni teoriche sono duramente messe «alla prova» e difficilmente resisteranno qualora inaccessibili o impenetrabili all'attività probatoria². Sebbene le categorie dogmatiche non vadano disegnate in funzione della loro dimostrabilità procedurale – sono piuttosto gli elementi della fattispecie materiale del reato che determinano l'oggetto dell'attività probatoria – giustamente si afferma che «il processo non è più il servo muto del diritto penale (sostanziale) ma un socio tiranno»³.

¹ H. Schlehofer, *Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechterverkehr des HIV-Infizierten*, in *NJW* 1989, 2017.

² F.M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia* 2010, 463 s., R. Bartoli, *Brevi considerazioni in tema di prova del dolo eventuale*, in *DPP* 2011, Speciale, 29 s., T. Rafaraci, *Ricostruzione del fatto e prova dell'elemento psicologico*, in *Homo oeconomicus: Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici* a cura di R. Borsari, L. Sammiceli e C. Sarra, Padova 2015, 136, e O. Di Giovine, *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 gennaio 2017, 4. Circa la necessità di formulare nozioni sostanziali suscettibili di accertamento processuale cfr. A. Astorina, *Verità e problemi d'imputazione soggettiva nel diritto penale*, in *RIDPP*. 2012, 931 s., e L. Marafioti, *Appunti in tema di dolo e regime della prova*, in *GI* 2002, 653.

³ P. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale: riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *IP* 1999, 529.

La frase che funge da titolo di codesto articolo contiene un intero programma d'azione: discutere la relazione tra l'imputazione dolosa, l'errore e la prova indiziaria equivale ad affermare che l'errore e il dolo si provano (sono, quindi, "questioni di fatto"), e si provano in un determinato modo (mediante indizi e inferenze); e poiché l'asserzione non è assolutamente indiscutibile, occorre determinare, per grandi linee, quale sia la realtà che si intende dimostrare.

2. a) In termini semplici, l'errore si traduce nella mancata o scorretta rappresentazione di una parte della realtà o della percezione del disvalore di una condotta. In caso di divergenza tra la realtà oggettiva (naturalistica o normativa) e la rappresentazione soggettiva di essa da parte dell'agente, avremo un errore di conoscenza ovvero intellettuale; l'errore sarà invece di valutazione o morale se deriva da una divergenza tra la consapevolezza etica dell'agente e le opzioni di valore dell'ordinamento giuridico⁴.

Differenti sono le conseguenze di ciascuno di questi tipi di divergenza o deviazione. Nel diritto portoghese, il diverso trattamento emerge in modo espresso e inequivocabile della legge. Nel caso di *errore intellettuale o cognitivo* – quello che incide «sugli elementi di fatto o di diritto della fattispecie di reato, o sui divieti la cui conoscenza è ragionevolmente indispensabile affinché l'agente possa prendere coscienza dell'illiceità del fatto», o anche «su uno stato di cose che, qualora sussistesse, escluderebbe l'antigiuridicità del fatto o la colpevolezza dell'agente» – il dolo viene meno e l'agente potrà essere punito soltanto a titolo di colpa nei casi espressamente previsti dalla legge (artt. 16, commi 1, 2 e 3, e 13 del Cp). Se l'erronea rappresentazione è circoscritta al piano *di valore*, ossia se risulta dalla «mancanza di coscienza dell'illiceità del fatto» – oppure, aggiunge la dottrina, dall'errata comprensione circa l'esistenza e i limiti di cause di giustificazione –, l'attuazione è comunque dolosa e solo la colpevolezza potrà essere esclusa in caso di errore "non censurabile" (art. 17, co. 1, del Cp).

È importante notare che la dottrina portoghese attuale recepisce la teoria (tedesca) della doppia posizione del dolo e della colpa:⁵ dolo e colpa rilevano sia nell'ambito della tipicità (soggettiva), come «tratto modale e comportamentale» della

⁴ La contrapposizione tra "errore di conoscenza" (*Wissensirrtum*) e "errore di valutazione" (*Bewertungsirrtum*), fatta inizialmente da F. Nowakowski, *Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz*, in *ZSTW* 65, 1953, 379 s., permette di superare le difficoltà incontrate dalle dicotomie tradizionali (*error facti v. error ius* e *Tatbestandirrtum v. Verbotsirrtum*), ed è stata accolta dalla dottrina portoghese maggioritaria (cfr., per tutti, J. Figueiredo Dias, *O problema da falta de consciência da ilicitude em Direito Penal*, 4ª ed., Coimbra 1995, § 21, e Idem, *Direito Penal – Parte Geral*, I, 3ª ed., Coimbra 2019, Cap. 20º, §§ 31-33). Corrisponde, essenzialmente, alla differenza tra errore sul fatto e errore sul diritto, nell'interpretazione datane dall'attuale dottrina italiana (così, tra gli altri, C. Fiore, S. Fiore, *Diritto Penale – Parte Generale*, 3ª ed., Milano 2008, 269 s., F. Mantovani, *Diritto Penale – Parte Generale*, 7ª ed., Milano 2011, nn. 116).

⁵ Per tutti v. J. Figueiredo Dias, *Direito Penal*, cit., cap. 10º, § 58 s.

condotta che produce eventi offensivi di beni giuridici, sia come componenti della colpevolezza. «L'omicidio doloso presenta» quindi «un fatto tipico (oggettivo-soggettivo) diverso dall'omicidio colposo». C'è anche una differenza nel grado di colpevolezza qualora il soggetto, che agisce consapevolmente invece che per sbaglio, «sia comunque imputabile», «capace di comprendere il significato antiggiuridico del fatto» e «non abbia scusanti»⁶. L'errore intellettuale e l'errore di valutazione operano ciascuno sul proprio piano: il primo incide nell'ambito della tipicità (chi agisce avendo una erronea percezione della realtà *non* commette un *illecito doloso*), mentre l'errore di valutazione (ossia la mancata o errata coscienza dell'illiceità nonostante la corretta rappresentazione dei fatti) ha effetto appena sulla colpevolezza (il soggetto agisce *in* "dolo dell'illecito", ma la colpevolezza è esclusa qualora l'ignoranza sia scusabile o "inevitabile")⁷.

Sebbene senza il supporto così chiaro dei §§ 16 e 17 StGB, anche la dottrina tedesca maggioritaria converge su una risposta identica sotto il segno della cosiddetta "teoria limitata della colpevolezza" (*eingeschränkte Schuldtheorie*)⁸. Vicina a quest'ultima, quantomeno in termini di conseguenze pratiche, vi è altresì la soluzione trovata dalla dottrina italiana nell'articolazione dei dati normativi e giurisprudenziali disponibili (artt. 5, 47 e 59, ultimo co., Cp e sentenza cost. n. 364/88).⁹

⁶ Questa impostazione è accolta anche dalla dottrina italiana più recente: v., tra gli altri, M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza, un bilancio del dibattito più recente*, in www.penalecontemporaneo.it 1/2014, 94 (a cui appartengono i termini tra virgolette nel testo), S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente: ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano 1999, G. Cerquetti, *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Torino 2004, G.P. Demuro, *Il dolo*, II, *L'accertamento*, Milano 2010, 107 s., S. Fiore, *Il dolo*, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di G.A. De Francesco - C. Piemontese - E. Venafro, Torino 2010, 53; cfr., anche, L. Eusebi, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *RIDPP* 2000, 1080. Contra G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa: morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *RIDPP* 1991, 26 s.

⁷ Per tutti v. J. Figueiredo Dias, *Direito Penal*, cit., cap. 13^o, § 17 s, 20^o, § 5 s.

⁸ La "teoria limitata della colpevolezza" (*eingeschränkte Schuldtheorie*) si occupa della differenza tra l'errore sul fatto tipico (*Tatbestandsirrtum*) e l'errore sul divieto o sul precetto (*Verbotsirrtum*) e, al contrario della già superata "teoria del dolo" (*Vorsatztheorie*), risolve sul piano della colpevolezza le situazioni in cui all'agente manca la coscienza dell'illiceità della condotta, fatti salvi, tuttavia, i casi di errore sui presupposti materiali di una causa di giustificazione e sui divieti senza sufficiente risonanza etico-sociale, che escluderebbero la configurabilità del dolo (su tali tesi, per tutti, C. Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, I, 4^a ed., München, 2006, § 14, nm. 51 ss.).

⁹ Sul problema dell'errore sulla legge penale, v. T. Padovani, *L'ignoranza inevitabile della legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *LP* 1988, 449, e D. Pulitanò, *Una sentenza storica che reinstaura il principio di colpevolezza*, in *RIDPP* 1988, 686. Per quanto riguarda l'errore sulle circostanze di esclusione della pena, la dottrina dominante tende a assimilarlo all'erronea rappresentazione di uno degli elementi della fattispecie e ad ritenere l'art. 59, ult. co. un caso speciale di errore sul fatto disciplinato in via generale dall'art. 47 (così A. Cavaliere, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale: contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli 2000; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale – Parte Generale*, 4^a ed., Bologna 2001, 228 s., e F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., nm. 116). C. Fiore, S. Fiore, *Diritto Penale*, cit., 411 s., affermano tuttavia che fra queste ipotesi «esiste solo una analogia di disciplina» e che «l'identità di trattamento non può cancellare

Nelle situazioni in cui il dolo debba considerarsi “escluso”, si dirà più propriamente che non vi è dolo: l'imputazione dolosa non si afferma per poi essere negata; se si verificano determinate condizioni positive o negative, essa è *ab initio* esclusa¹⁰. E qui sorge la prima questione da analizzare: il dolo e l'errore che lo esclude vanno considerate “questioni di fatto” da risolvere in base alle prove? Oppure si tratta appena di problemi di scelta normativa e quindi di “questioni di diritto”?

b) Superando la disputa ottocentesca tra teorie, prendiamo per certa la nozione più generale e “centrale” di dolo come rappresentazione e volontà del fatto tipico. L'affermazione secondo cui l'elemento cognitivo e l'elemento volitivo sono componenti essenziali dell'imputazione dolosa tuttavia non elude, di per sé, la risposta alla precedente questione: la rappresentazione e la volontà devono essere intese come fatti psichici sottoposti a prova (dunque “provabili”)?

Consideriamo, in primo luogo, il cosiddetto *elemento volitivo*. Sappiamo che il suo peso è nettamente diverso in ciascuna delle tre forme di dolo: se nel dolo intenzionale la realizzazione della fattispecie è lo scopo stesso dell'azione, nel dolo diretto e nel dolo eventuale l'evento di reato costituisce una conseguenza collaterale o secondaria della propria condotta e l'agente si limita a rappresentare la sua realizzazione quale contropartita certa e inevitabile (dolo diretto) o solo probabile (dolo eventuale) del fine perseguito, e ad agire nonostante tale rappresentazione. L'idea che la realizzazione della fattispecie sia guidata da volontà è particolarmente problematica nel dolo eventuale che la dottrina e la giurisprudenza non si astengono dal dare per verificato anche «in casi in cui l'evento collaterale si presenti in rapporto di totale o parziale antagonismo con il risultato perseguito dal soggetto agente» –

le evidenti differenze di struttura» tra l'errore sul fatto ed erronea supposizione di un'esimente: nell'ipotesi dell'art. 59, ult. co., il dolo sussiste e sarà esclusa appena la colpevolezza, ma anche quando l'errore sia inescusabile non è giustificato «un rimprovero di colpevolezza *a titolo di dolo*», venendosi così a creare una “incongruenza” tra il piano di illiceità e quello di colpevolezza: il fatto è doloso ma l'agente è punito a titolo di colpa. Critico di questo “stravagante corollario” della tesi della doppia posizione (la presunta compatibilità di un *illecito doloso* con una *colpevolezza colposa*), v. G. De Vero, *Le scriminanti putative: profili problematici e fondamento della disciplina*, in *RIDPP* 1998, 829 s. Eppure, la proposta corrisponde essenzialmente a quella sostenuta, in Germania, dai difensori della “teoria della colpa limitata relativa alle conseguenze giuridiche” (*Rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie*), difesa, ad esempio da W. Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, in *ZStW* 1955, 45 s., e H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 1996, § 41, IV 1d, a cui aderiscono in Portogallo J. Figueiredo Dias *Direito Penal*, cit., cap. 13.º, §§ 17-9, 31-33, cap. 14.º, §§ 23-31, e N. Brandão, *O erro sobre os pressupostos das causas de justificação: um erro que pode excluir a ilicitude?*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, II, a cura di M. Costa Andrade, M. J. Antunes, S. Aires de Sousa, Coimbra 2009, 171 s.; contra, sostenendo una prospettiva che evita la suddetta “incongruenza”, cfr. A.M. Almeida Costa, *Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Participação em Direito Penal*, Coimbra 2014, 610 s., C. Líbano Monteiro, *Do concurso de crimes ao «concurso de ilícitos» em direito penal*, Coimbra 2015, 188 s.

¹⁰ C. Fiore, S. Fiore, *Diritto Penale*, cit., 270 s.

«come, ad esempio, nel caso della morte della persona dalla quale, tramite sevizie, si volevano ottenere determinate informazioni».¹¹

Paradigmatico a riguardo, nella letteratura penalistica tedesca, appare il «caso di Lacmann»¹². Un giovane scommette venti marchi di essere in grado di sparare ad un boccale di vetro nella mano della ragazza del baraccone del tiro a segno, e si prefigura di fuggire tra la folla in caso di insuccesso – eventualità che dunque egli rappresenta come possibile perché non è un tiratore provetto e la signorina non resta immobile. Effettivamente fallisce l'obiettivo e colpisce la mano della ragazza. In questa situazione risulta impossibile credere che lo scommettitore volesse il risultato che gli faceva perdere la somma pattuita. Sperava piuttosto di non fallire il tiro e la decisione di compiere l'azione pericolosa era condizionata e motivata proprio da tale speranza – in modo che se avesse previsto come certo il fallimento del suo piano sicuramente non avrebbe agito. Sembrerebbe tuttavia trovare consenso nella dottrina l'idea che la lesione deve essere imputata a titolo di dolo eventuale. La ragione è semplice: l'agente ha messo in conto la verifica dell'evento e l'offesa al bene giuridico come possibile alternativa della scommessa e, nonostante ciò, ha deciso di agire pur di non perdere la possibilità di vincere i venti marchi.

Un altro classico esempio (reale) da questo punto di vista è quello del *Lederriemenfall*¹³, o caso della “cinghia di cuoio”, che i tribunali tedeschi hanno trattato come un'ipotesi di dolo eventuale, nonostante fosse certo che gli agenti non volevano il risultato del fatto tipico, volevano piuttosto evitarlo a tutti i costi. I complici, due giovani legati da rapporto sentimentale, avevano pianificato di derubare il benestante assicuratore di uno di loro, stringendogli al collo una cinghia di cuoio in modo tale che perdesse conoscenza; ritenendo però tale metodo troppo “pericoloso” e temendo che la vittima della rapina sarebbe morta, decisero di colpirla alla testa con un sacco di sabbia fino a quando non fosse svenuta. Al primo colpo, il sacco si rompe e così i due aggressori ritornarono al piano iniziale; dopo essersi impossessati dei beni della vittima, tentarono invano di farle riprendere conoscenza, eseguendo persino manovre

¹¹ S. Raffaella, *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori “sintomatici”*, in www.penacontemporaneo.it 4/2015, 414 (l'esempio di S. Prosdociami, *Dolus eventualis: il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano 1993, 9 s.) Sono anche menzionati, come classici casi di scuola, le condotte “alla Guglielmo Tell”, o del lanciatore di coltelli, o quello della *roulette* russa tra amici.

¹² Non si tratta di una vicenda reale ma di un caso ipotizzato da W. Lacmann, *Die Abgrenzung der Schuldforme in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, in *ZStW* 31, 1911, 142 s., e ampiamente citato dalla dottrina tedesca (per tutti, C. Roxin, *Strafrecht*, cit., § 12, nm. 55) e italiana (tra gli altri, S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 48, M. Donini, *Il dolo eventuale*, cit., 64, e S. Raffaella, *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa*, cit., 414, n. 59).

¹³ Il caso è commentato in tutti i manuali di diritto penali in Germania e Portogallo; cfr., per tutti, C. Roxin, *Strafrecht*, cit. § 12, nm. 22 s., J. Figueiredo Dias, *Direito Penal*, cit., cap. 13º, § 46. Si veda, in Italia, M. Donini, *Il dolo eventuale*, cit., 83.

di rianimazione, nonostante tutto la rapina ebbe un esito letale. Il caso venne deciso nel 1955 dalla Cassazione tedesca con condanna per dolo eventuale (*BGHSt 7, 363*). Si ritenne che i ladri non avessero deciso di uccidere la persona offesa e non ne avessero voluto la morte avendone addirittura tentato il salvataggio *in extremis*; eppure, agirono consapevoli della possibilità di causarne la morte. Per la configurazione dell'imputazione dolosa fu sufficiente il fatto che gli agenti avessero persistito nel loro piano nonostante avessero "preso sul serio" quella possibilità, ovvero avessero accettato il rischio del verificarsi dell'evento letale.

Emerge da quanto precede che è possibile, almeno in Germania (e in Portogallo), dare per verificato l'elemento volitivo in relazione a fatti il cui accadimento l'agente non ha nemmeno voluto ma ha semplicemente rappresentato come possibile – dal momento che si è "rassegnato" alla loro realizzazione.¹⁴ Il dolo sarà presente se, considerata la possibilità di violare un bene giuridico, sapendo i rischi che corre, l'agente decide nonostante tutto di proseguire nei suoi intenti.

c) Si potrebbe obiettare che questa concezione normativizzata della volontà risulta incompatibile con le disposizioni dell'ordinamento italiano, che – a differenza del diritto tedesco e di quello portoghese – ha voluto definire il dolo riferendolo all'evento realmente verificato e alla volontà del soggetto di cagionarlo. La formula «secondo l'intenzione», usata nel art. 43 c.p., sembra manifestare la necessità di un legame psichico effettivo tra volontà ed evento, scoraggiando ogni richiesta dottrinale o giurisprudenziale di ridurre l'elemento volitivo del dolo ad un concetto esclusivamente normativo.

Ciò non impedisce tuttavia che prevalga nella letteratura italiana attuale la concezione del dolo eventuale come atteggiamento appena *assimilabile* alla volizione, nei casi in cui il soggetto agente *prenda sul serio* la realizzazione della fattispecie e si determini ad agire, aderendo a essa. L'aspetto fondamentale è dunque la decisione in favore di una possibile lesione del bene giuridico, un'opzione con cui si privilegia il raggiungimento dei propri scopi egoistici accettando l'eventualità che si verifichi l'evento tipico non direttamente voluto.¹⁵

¹⁴ Sul criterio della "rassegnazione" nella distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, cfr. C. Roxin, *Strafrecht*, cit. § 12, nm. 21 s., seguito (si osserva che negli scritti più recenti dell'autore si registra un'evoluzione in chiave sempre più normativista – v. C. Roxin, *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, in *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, a cura di K. Rogall et al., 2004, 243 s., e Idem, *Über den "dolus eventualis"*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti, II, Napoli 2011, 1201 s.); anche, nella dottrina portoghese, J. Figueiredo Dias, *Direito Penal*, cit., cap. 13.º, § 45.

¹⁵ Seppur con qualche differenza tra le posizioni dei vari autori, propendono per il criterio in esame G.A. De Francesco, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *RIDPP* 1988, 123, S. Prosdocimi, *Dolus eventualis*, cit., 24 s., S. Canestrari, *Dolo eventuale*, cit., 70 ss., G.P. Demuro, *Il Dolo*, cit., 90 e 123, L. Eusebi, *La prevenzione dell'evento*

Una breve analisi delle decisioni giudiziarie più recenti evidenzia che, anche da parte della giurisprudenza, le soluzioni non si discostano da quelle accolte dai tribunali tedeschi. Si pensi, ad esempio, al caso Ignatiuc¹⁶, fattispecie relativa al conducente di un furgone rubato che si dava alla fuga per sfuggire ad un controllo di polizia e, attraversando ad alta velocità alcuni incroci con semaforo rosso siti nella zona centrale di Roma, investiva una autovettura provocando la morte di uno dei passeggeri. L'incidente, avendo come conseguenza il sicuro arresto del fuggitivo e il conseguente fallimento del suo piano, non si può dire "voluto"; tuttavia, l'imputato è stato condannato per omicidio doloso. Nella sentenza di rinvio, che ribadisce il dolo eventuale, è apparsa decisiva la valutazione "negativa" della determinazione dell'autore a sfuggire alla polizia "ad ogni costo", rappresentando e accettando la possibilità di ledere il bene giuridico. L'accettazione dell'evento come "prezzo da pagare" è quindi stata considerata normativamente equivalente alla volontà dello stesso.¹⁷

In queste aree grigie o "al confine" tra il dolo e la colpa non è dunque il nesso volitivo reale tra l'autore e i fatti che configura il dolo eventuale, ma l'atteggiamento di contraddizione o l'indifferenza verso il bene giuridico protetto che la condotta esprime se vista alla luce di criteri di carattere valoriale generale – il cosiddetto *standard* dell' "uomo medio".¹⁸ La pura sfera interiore «non può essere dirimente ai fini dell'accertamento del requisito volitivo del dolo eventuale». ¹⁹ Non conta ciò che l'agente abbia effettivamente voluto o non voluto, ossia la sua volontà reale come elemento psichico, ma il grado di disvalore o di illecito che si manifesta nella sua decisione di agire anche *a costo di* provocare un evento criminoso – considerando la maggiore o minore probabilità del risultato e il grado della sua prevedibilità, la pericolosità dei mezzi o degli strumenti utilizzati per il bene giuridico, il contesto lecito o illecito dell'azione, i fini perseguiti con l'attuazione.

In breve, l'elemento volitivo del dolo eventuale si dissolve nella rappresentazione del rischio di lesione del bene giuridico (elemento intellettuale) e

non voluto, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti, Milano 2011, 979 s., e M. Donini, *Il dolo eventuale*, cit., 106 s. Cfr. anche L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia 1993, 51 s., e G. Cerquetti, *Il dolo*, Torino 2010, 164 s., su questa linea de tendenza oggettivante in tema di dolo.

¹⁶ Cass., sez. I, 1° febbraio 2011, n. 1041, con nota di A. Aimi, *Fuga dalla polizia e successivo incidente stradale con esito letale: la Cassazione ritorna sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 maggio 2011. Sul tema, v. anche F. Viganò, *Fuga "spericolata" in autostrada e incidente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?*, in *CM* 2005, 70 s.

¹⁷ Utilizza tale formula, ad esempio, M. Pierdonati, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli 2012, 65. Critico G. Fiandaca, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in www.penalecontemporaneo.it, 1/2012, 13.

¹⁸ Così A. M. Almeida Costa, *Ilícito Pessoal*, cit., 597 s., C. Líbano Monteiro, *Do concurso de crimes*, cit., 198-201.

¹⁹ S. Raffaella, *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa*, cit., 413.

nell'atteggiamento personale doloso che viene imputato all'autore facendo ricorso a criteri normativi o valoriali di carattere generale (estranei pertanto a problemi di prova).

d) Per quanto riguarda *l'elemento intellettuale o cognitivo del dolo*, sarà che qui ci troviamo effettivamente dinanzi ad una questione di fatto?

Illustriamo la domanda con un caso ipotetico. «X avvelena Y dandogli dell'arsenico e si difende: “Non immaginavo che tale sostanza avesse un effetto letale!”. Sa benissimo che si tratta di arsenico, ma lui non crede alla scienza e crede ad un santone fondatore di una setta, secondo cui l'arsenico è sostanza salvifica».²⁰

Un esempio simile è additato da Hruschka.²¹ A, un adulto senza disturbi della sfera psichiatrica e con una normale capacità visiva che lavora in un negozio di armi da fuoco, è stato visto, da testimoni credibili, mentre puntava un fucile e sparava nella direzione di B, che si trovava nella sfera del suo campo visivo, causandone la morte. A ha deciso di mantenere la linea del silenzio e non vi sono altre informazioni né altre prove sull'aspetto soggettivo della condotta. La tesi della difesa è che A ha agito senza dolo perché non sapeva che premendo il grilletto avrebbe causato lesioni alla vittima o ne avrebbe causato la morte.

Ci pare evidente che nessun giudice accetterebbe queste tesi difensive. Nessuna persona sana di mente può eccepire in tali circostanze di non aver messo in conto l'offesa. X «può portare tutte le prove che vuole, nessuno gli crederà mai».²² E l'imputato A verrebbe probabilmente condannato per omicidio doloso con un'argomentazione logica di questo tenore: «Un adulto normale, soprattutto dal momento che fa il commesso in un negozio di armi, sa necessariamente cosa sia un fucile, come si utilizza e come si spara, e sa anche che sparare a un'altra persona mette in pericolo la vita dello stesso. Ciò consente di concludere che l'imputato, essendo soddisfatte tutte le suddette condizioni, conosceva la pericolosità della propria condotta nei confronti della vita della vittima. Non vi è alcun indizio che permetta di sostenere il contrario».²³

Se osserviamo la struttura di tale ragionamento congetturale, noteremo che l'affermazione dell'elemento intellettuale del dolo si basa su un complesso di circostanze esterne da cui si inferisce (o almeno così sembra) un “fatto” interno o soggettivo: l'agente si era rappresentato la morte della vittima come risultato della sua condotta. Questo modo di provare il dolo risale al Digesto ed è noto da secoli con la

²⁰ F.M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, cit., 489.

²¹ J. Hruschka, *Sobre la difícil prueba del dolo*, in *Imputación y Derecho Penal – Estudios sobre la teoría de la imputación*, a cura di P. Sánchez-Ostiz, Navarra, 2005, 148.

²² F.M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, cit., 489.

²³ J. Hruschka, *Sobre la difícil prueba del dolo*, cit., 148 s.

corrispondente locuzione latina: il “*dolus ex re*” o “*dolus in re ipsa*” sarebbe quello che potrebbe essere dedotto in modo sicuro dalla natura e dalla modalità di commissione del reato e dal quadro esterno dell’attuazione concreta, anche in assenza di confessione o ammissione da parte dell’agente.²⁴

Differente era il significato delle *praesumptiones doli* che si diffuse alla fine del XVIII secolo, probabilmente come un modo per “compensare” l’abolizione del sistema delle prove legali. La prova del dolo, invece di essere desunta dalle circostanze concrete del reato con le sue caratteristiche e peculiarità, risulterebbe semplicemente dall’aver provato la realizzazione della fattispecie oggettiva: una volta verificati gli elementi costitutivi di un qualsiasi reato, si presumerebbe l’intenzione criminale dei suoi autori a meno che non si provino fatti che la escludano.²⁵ In tal modo le presunzioni giudiziali non erano più dei meri criteri di ragionamento idonei a stabilire il collegamento tra indizi e fatto *probando*, ma diventavano regole di distribuzione dell’onere della prova. Se si presumesse il dolo o l’intenzione, l’onere di provare l’errore che lo escluderebbe passerebbe ad essere a carico della difesa – situazione quest’ultima che appariva in aperta contraddizione con il principio della presunzione di non colpevolezza.

e) Come si può vedere, la prova di realtà non percepibili attraverso i sensi pone chi applica il diritto penale tra l’incudine e il martello, tra Scilla e Cariddi: non può presumere il dolo altrimenti violerebbe la presunzione di innocenza e difficilmente avrà i mezzi e gli strumenti che gli consentano di provarlo oltre ogni ragionevole dubbio (*beyond any reasonable doubt*). Sicché non mancano autori che negano la qualità di “fatti” agli stati mentali e che sostengono che la verifica degli stessi non solleva questioni di prova, ma un problema di attribuzione della responsabilità o imputazione (*imputatio, Zurechnung*). *Se il dolo non può provarsi, allora non lo si provi – lo si imputi*, direbbero i fautori del normativismo.²⁶ Concludere affermando che l’agente ha agito in modo doloso significherebbe attribuire alla sua condotta un senso di disvalore non dipendente dall’accertamento di dati psichici reali.

²⁴ J. Hruschka, *Sobre la difícil prueba del dolo*, cit., 150 s., R. Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona 1999, 277 s.; sul punto, v. anche F. Bricola, *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano 1960.

²⁵ Così H. Henkel, *Die “praesumptio doli” im Strafrecht*, in *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, a cura di P. Bockelmann, W. Gallas, Göttingen, 1961, 578; in Italia, cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, aggiornato da P. Nuvolone e G.D. Pisapia, I, Torino 1981, 787 s.

²⁶ L’esplicita accettazione del concetto di dolo come imputazione si verifica prima in J. Hruschka, *Sobre la difícil prueba del dolo*, cit., 145 s., poi in I. Puppe, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW* 103, 1991, 1 s., G. Jakobs, *Indiferencia como dolo indirecto*, in: *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, a cura di J.M. Zugaldía Espinar, J.L. Barja de Quiroga, Madrid 2004, 345 s., e R. Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba*, cit., 275 s., e infine, a tutto campo, in G. Pérez Barberá, *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, 2011 (cfr. la recensione di R. Ragués i Vallès, *De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para um tema clásico*, in *InDret* [online] 3/2012).

Sono varie le argomentazioni cui si fa ricorso per confutare la natura descrittiva o cognitiva delle determinazioni sul dolo.²⁷ Alcune sono decisamente *ontologiche* – non esistono realtà mentali o, se esistono, non hanno le proprietà attribuitegli dal diritto penale; non vi è nulla, quindi, che possa assurgere al rango di prova. Per Hruschka, ad esempio, «non “esistono” fatti di per sé stessi dolosi, così come “esistono” fatti esterni; esistono appena nella stessa misura in cui ‘esistono’ la volontà o la libertà umana, le azioni, l’antigiuridicità o la colpevolezza: (...) nessuno scienziato troverebbe queste cose di per sé stesse».²⁸ Altre argomentazioni assumono invece un carattere *epistemologico* – le rappresentazioni interne esistono ma non possono essere conosciute con un grado di certezza che consenta di porle a fondamento di una condanna penale e, pertanto, è inutile indagarle. Altre infine sono puramente *ideologiche* – gli stati psichici dell’agente non contano per il processo e, ammesso che potessimo accedervi, non ci sarebbe motivo di indagarli. Si muovono in questa direzione Puppe, Jakobs e Pérez Barberá, secondo cui la cosa più importante nel momento di determinare se si viene a creare una contraddizione con la norma non sono gli atteggiamenti interni del soggetto, bensì ciò che si esprime nella sua condotta vista nella prospettiva della comunicazione tra esseri intelligenti.²⁹

Negare la possibilità o la necessità di indagare la coscienza, la volontà e l’intenzione non significa, ovviamente, che il giudizio di imputazione sia arbitrario. Le circostanze esterne del delitto, il contesto sociale, professionale o culturale in cui si muove l’agente e il contesto situazionale in cui agisce – in una parola: i dati percepibili attraverso i sensi – non vengono ignorati; essi costituiscono il substrato materiale, il «mondo della vita», da valutare «alla luce dei criteri di valutazione che compongono il mondo delle norme»³⁰, al fine di dar risposta alla domanda decisiva: *la lesione del bene giuridico dovrà essere imputata all’agente come sua realizzazione?* Non ci si domanda se l’agente si sia rappresentato o lo abbia voluto, se abbia avuto la coscienza o l’intenzione; ciò che ci si domanda è se la lesione o il pericolo per il bene giuridico gli debbano essere *attribuiti* alla luce dei criteri oggettivi o normativi.³¹

f) I risultati cui conducono le concezioni normative del dolo non si distinguono,

²⁷ Sul tema, D. González Lagier, *Buenas razones, malas intenciones (sobre la atribución de intenciones)*, in *Doxa* 26, 2003, 648 s., e Idem, *La prueba de la intención y la explicación*, in *Isegoría* 35, 2006 178 s.

²⁸ J. Hruschka, *Sobre la difícil prueba del dolo*, cit., 154 s.

²⁹ Si veda I. Puppe, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, cit., 14, G. Jakobs, *Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas*, in *ADPYCP* 45, 1992, 213 s., e G. Pérez Barberá, *El dolo eventual*, cit., 129 s.

³⁰ C. Líbano Monteiro, *Do concurso de crimes*, cit., 186.

³¹ In linea con queste intese, accolta da Ragués i Vallès (cfr. nota 26), la Corte suprema spagnola ha già considerato in alcune decisioni che i cosiddetti fatti psicologici sono piuttosto “giudizi di valore” di natura soggettiva, rinviandoli sul piano di *quaestio iuris* (con una esposizione critica di tale giurisprudenza, v. P. Andrés Ibáñez, *Acerca de la motivación delos hechos en la sentencia penal*, in *Doxa* 1992, 257 s.).

nella pratica, da quelli a cui condurrebbero le concezioni psicologiche o descrittive. Per quanto si cerchi di indagare sulle reali rappresentazioni dell'agente, il piano interiore rimane in gran parte inaccessibile al giudice.

Se la difesa di A, accusato dell'omicidio di B, sostiene che l'imputato ha sparato convinto che stesse sparando contro un cinghiale, il giudice ritiene provato l'errore e l'assenza di dolo qualora, considerate tutte le circostanze esterne (l'eventuale contesto di caccia, la disposizione concreta dei cacciatori sul terreno, la distanza, la luminosità, ecc.), appaia ragionevole ritenere che l'agente si sia ingannato, ovvero, se gli indizi disponibili, valutati sulla base di massime di comune esperienza, supportano, da un punto di vista probatorio, tale ipotesi. Il che, nella maggior parte dei casi, equivale a dire: «se anche l'uomo normale e razionale, nelle medesime circostanze, si fosse sbagliato». Lo dimostra proprio l'esempio della somministrazione dell'arsenico: come si può supporre che tutti sappiano che tale sostanza è un veleno, l'(omessa) credibilità o plausibilità della *prova* dell'errore sulla sua letalità si confonde con l'(assenza di) ragionevolezza della *convinzione erronea* alla luce del criterio dell'uomo medio. Tra prova e imputazione sussiste tuttavia una differenza di natura teorica. Le massime dell'esperienza che stanno alla base del ragionamento induttivo nella prova indiziaria non sono, come il criterio dell'uomo medio, giudizi di valore socialmente condivisibili; l'adesione sociale non è sufficiente ad assicurare la loro validità, che dipende ancora dalla garanzia di verità che comportano – verità intesa come corrispondenza o approssimazione alla realtà.³²

E se invece avessimo a disposizione un'ipotetica macchina che ci permettesse di vedere nella psiche dell'individuo e potessimo tornare indietro nel tempo riuscendo a ricostruire fedelmente le rappresentazioni interne dell'agente? Se, tramite questa macchina, X riuscisse a dimostrare di essere effettivamente convinto che l'arsenico fosse una sostanza salvifica o, A ad evidenziare di non sapere che sparare al petto della vittima potrebbe causarne la morte, si dovrebbe ciò nonostante ritenere dolosa la sua condotta?

È possibile offrire diverse risposte a tali domande. Una tesi normativa in senso forte o stretto non rinuncerebbe all'imputazione dolosa fatta in disaccordo con i dati psichici reali, spostando sul piano della colpevolezza la considerazione delle caratteristiche del soggetto individuale e delle deviazioni tra le sue rappresentazioni e quelle che ci si aspetterebbe dall'uomo medio.³³

³² Cfr. C. Pérez del Valle, *La prueba del error en el proceso penal*, in *La prueba del dolo en la estafa (Comentario a la STS 393/1996, de 8 de mayo)*, ADPYCP 49, 1996, 828.

³³ In effetti, un'attribuzione in senso normativo *forte* è corretta se deriva dall'applicazione senza errori di criteri di valutazione non impugnabili per ragioni teoriche, sebbene l'imputazione effettuata in tal modo possa non corrispondere alla realtà; il normativismo *debole* o *teorico*, invece, intende appena legittimare l'inevitabile margine di errore nella prova di fatti interni o psicologici, ragione per cui ritiene corretta solo l'imputazione che

Tuttavia, la possibilità di ignorare completamente sul piano dell'illecito la conoscenza specifica del singolo autore incontra evidenti ostacoli legali – la legge stessa richiede o presuppone la rappresentazione del fatto da parte dell'agente concreto affinché si possa parlare di dolo e lo esclude se l'agente è in errore sulla fattispecie (cf. art. 42, 1° co., e 47 Cp; art. 14 e 16, n. 1, del Cp portoghese; § 16 StGB). Può dirsi che la rappresentazione esatta dei fatti costituisce lo «zoccolo duro» del dolo.³⁴ Per questo motivo, le posizioni dottrinali in lingua tedesca (e spagnola), il c.d. *Neuer Kurs*, che riducono l'importanza dei fenomeni psichici nella definizione di dolo e si rifiutano di concepirlo come un semplice stato mentale esitano al momento di eliminare la rilevanza delle rappresentazioni intellettuali dell'uomo concreto dal giudizio di illiceità.^{35/36}

Riteniamo, in realtà, che difficilmente qualcuno accetterebbe l'imputazione dolosa se si provasse che vi sia stato un errore di rappresentazione derivante da una capacità fisica e intellettuale dell'agente al di sotto della media, ossia, dai suoi particolari limiti cognitivi, dalla sua insufficiente istruzione o alfabetizzazione, dal suo daltonismo o dalla sua ridotta acuità visiva o uditiva.³⁷ La soluzione sarà differente nel caso in cui l'errore sia attribuibile a caratteristiche individuali e deviazioni emotive il cui peso rientra appena sul piano dogmatico della colpevolezza, come nel caso di eventuali gravi malattie psichiche di cui soffre l'agente, l'intenso stato di perturbazione emotiva in cui si trova, o il tasso elevato di intossicazione alcolica riscontrato, ecc. L'imputazione della condotta a titolo doloso evita, in questi casi, la doppia

è vera. Nel primo caso, importa se la sentenza è fondata o infondata; nel secondo se è vero o falso (cfr. D. González Lagier, *Buenas razones, malas intenciones*, cit., 665, 679 s.). Sulla distinzione tra linguaggio descrittivo e ascrivito, v. J. Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode: Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., Berlin 1988, 425 s.

³⁴ C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, in *RIDPP* 2000, 1267.

³⁵ Nell'opera di I. Puppe, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, cit., 1 s., si professa chiaramente il *normativismo cognitivo* fondato in una concezione intellettuale del dolo. Lo stesso vale per L. Greco, *Dolo sem vontade*, in *Liber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário*, a cura di A. Silva Dias et al., Coimbra 2009, 886 s., o in Spagna P. Lorenzo Copello, *Dolo y Conocimiento*, Valencia 1999, e in Brasile E. Viana, *Dolo como compromisso cognitivo*, S. Paulo 2017.

³⁶ Un'eccezione sembra aprirsi in questo quadro per la teoria esasperatamente normativista di G. Pérez Barberá, *El dolo eventual*, cit., 678 s., che accetta l'esistenza dei "fatti psichici", ma rifiuta che il dolo sia uno di essi, essendo piuttosto un puro giudizio di ascrizione normativa a fatti caratterizzati da una "tipica" probabilità dell'evento. Secondo l'autore il dolo dunque «non descrive, e non spiega, ma esprime un giudizio». Nella prefazione a questa opera, Roxin approfondisce il passaggio verso una concezione oggettivistico-giudiziale del dolo eventuale già iniziato in 2004. «Il dolo non si forma nella testa dell'autore della condotta, ma nella testa del giudice» – scrive C. Roxin, *Zur Normativierung des dolus eventualis*, cit., 1214, parafrasando un famoso giudizio che Kohlrausch applicava alla colpevolezza. Il dolo eventuale è ormai ritenuto non già un "fatto psichico", ma un *quid* distinto: "un giudizio di valore" o di attribuzione di rimproverabilità soggettiva pronunciato dal giudice su un comportamento esterno.

³⁷ R. Ragués i Vallès, *Consideraciones sobre la prueba del dolo*, in *REJ* 4/2004, 13 s.

considerazione dei medesimi fattori patologici, talvolta per escludere l'illiceità (*rectius*, il “dolo dell'illecito”), talaltra a fondamento della non imputabilità, inesigibilità o scusante.

Un paio di esempi chiariranno la differenza.

Immaginiamo che A, una persona di umili condizioni sociali e con un basso grado di istruzione, venga sorpreso a guidare il suo ciclomotore con la patente scaduta, che, tuttavia, ritiene valida.³⁸ Il conducente-tipo dello stesso strato socio-culturale e nelle stesse condizioni di vita si sarebbe accorto dell'entrata in vigore della legge che ha soppresso la validità della patente di guida e avrebbe saputo che stava guidando sprovvisto di un titolo legale di guida, ma A, che soffre di lievi disturbi cognitivi, cioè che ha capacità intellettive inferiori a quelle dell' “uomo medio” della sua stessa condizione socio-esistenziale (con lo stesso livello di studi e il medesimo accesso alle informazioni, ma con capacità intellettive normali) non si è rappresentato ciò. Se si potesse affermare che “l'uomo medio” non incorrerebbe in errore qualora fosse collocato nello stesso scenario fattuale, la condotta dovrebbe essere considerata dolosa? È irrilevante l'errore di rappresentazione in cui incorre l'agente a causa delle sue particolari qualità fisiche o intellettive, se esse sono inferiori alla “media” ma non lo privano della capacità di giudicare la sua condotta e di seguire le regole?³⁹

Supponiamo adesso che C, un individuo con normali capacità fisiche e intellettive ma dominato da un'intensa ossessione amorosa, colpisca ripetutamente e violentemente alla testa con un ferro la sua ex fidanzata, che lo aveva abbandonato. Se una perizia psichiatrica conclude che lo stato di perturbazione emotiva dell'imputato gli ha impedito di rappresentare la morte della vittima come risultato della sua condotta, quale importanza dovrebbe essere attribuita in questo caso all'errore? Sarà escluso il dolo dell'illecito? O l'errore derivante dal particolare stato emotivo dell'agente dovrà essere preso in considerazione appena sul piano della colpevolezza?⁴⁰ E se la mancanza di rappresentazione derivasse da un'anomalia psichica di cui soffre l'agente e che rende i suoi atti incomprensibili come atti di una

³⁸ Casi di questo tipo sono comuni nella giurisprudenza portoghese – vedasi le Sentenze del TRC del 05.05.2010 (relatore: Isabel Valongo), e del TRG de 09.01.2012 (relatore: Lígia Moreira) e del 05.11.2012 (relatore: João Lee Ferreira).

³⁹ Al riguardo va ricordata la vicenda discussa nei tribunali italiani di un marito che, pur consapevole di essere sieropositivo, ha continuato ad avere rapporti sessuali non protetti con la moglie, trasmettendole il virus e cagionandone la morte. Il soggetto venne condannato in primo grado per omicidio con dolo eventuale, ma la decisione venne però ribaltata dalla Corte d'appello, con sentenza poi confermata dalla Corte di cassazione. La pronuncia, tenendo conto di tutte le particolari circostanze del caso concreto – lo scarso livello di istruzione del soggetto agente e le sue condizioni di salute (si sentiva bene) –, ha ritenuto che l'uomo non fosse consapevole del rischio di contagiare la moglie (Cass., Sez. I, 3 agosto 2001, n. 30425, *Lucini*, in *CP* 6/2003, 1932 ss. con nota di E. Di Salvo, *Dolo eventuale e colpa cosciente*).

⁴⁰ R. Ragués i Vallès, *Consideraciones sobre la prueba del dolo*, cit., 22

persona, il dolo dovrebbe essere escluso o, invece, si dovrà considerare il fatto come un illecito doloso ed escludere la responsabilità “solamente” per inimputabilità?⁴¹

Nell'uno e negli altri casi, l'agente incorre in una falsa rappresentazione della realtà a causa delle sue caratteristiche individuali, diverse da quelle attribuite all'uomo medio della medesima condizione socio-esistenziale. A questo aspetto comune va però aggiunta una differenza fondamentale. Il secondo gruppo di situazioni non si limita a descrivere una semplice rottura del nesso psicologico tra l'agente e il fatto, come succede nella prima; la mancanza di rappresentazione si inserisce in un più ampio quadro di incapacità di valutazione o autodeterminazione ed è, inoltre, il prodotto di una capacità inesistente (o carente) da parte dell'agente di orientamento della propria coscienza etica. Ciò significa che l'errore si situa già sul piano emotivo o valutativo e pertanto non esclude il dolo dell'illecito; il fattore patologico che lo ha causato deve essere preso in considerazione (se è il caso) solamente una volta, come fondamento della non imputabilità o inesigibilità.⁴²

Si conclude, pertanto, che l'esistenza di un illecito doloso non prescinde, in linea di principio, dalla verifica di un nesso psichico reale, di rappresentazione o conoscenza, tra l'agente e il fatto. Come concetto normativo, il dolo incorpora un giudizio di disvalore o di rimproverabilità formulato dall'ordinamento giuridico sul comportamento di una persona e non si riduce a meri fatti psichici o stati mentali, «ma il suo contenuto concettuale, per quanto normativo, rimanda sempre a una dialettica probatoria con una realtà interna di tipo soggettivo-psicologico, che costituisce *il limite esterno al concetto normativo*»⁴³. Questa realtà interna è, secondo noi, la conoscenza specifica o particolare degli elementi della fattispecie da parte dell'agente, vale a dire, la scorretta rappresentazione delle circostanze esterne della condotta e la chiara consapevolezza del rischio del risultato lesivo. L'errore intellettuale dell'individuo-autore in cui non incorrerebbe “l'uomo medio” esclude pertanto il dolo dell'illecito, a meno che non fosse attribuibile a deviazioni emotive da considerarsi sul piano della colpevolezza (della inimputabilità o dell'inesigibilità). L'errore sulla fattispecie tipica, sui divieti o sul substrato fattuale di una causa di giustificazione,

⁴¹ Nella densificazione dell'elemento normativo dell'inimputabilità, ci siamo serviti del criterio di J. Figueiredo Dias, *Direito Penal*, cit., Cap. 21.º, § 37, per il quale è essenziale che l'anomalia psichica distrugga i «legami reali e obiettivi di senso tra l'agente e il fatto, in tal modo e in tal grado che renda impossibile la comprensione del atto come fatto dell'agente».

⁴² Non si può negare che anche un non imputabile può agire in errore sulla fattispecie tipica o sui divieti o su un substrato di una causa di giustificazione, né si esclude che l'errore dell'incapace escluda anche il dolo, ma ciò accadrà solo se l'errore non è attribuibile all'anomalia psichica di cui soffre, ossia, se una persona che non soffre della stessa patologia, in quella situazione, avrebbe potuto anch'essa incorrere in errore. Così anche F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., 368.

⁴³ M. Donini, *Il dolo eventuale*, cit., 103.

solleva quindi una questione di fatto da risolvere mediante le prove.⁴⁴

3. Visto che si tratta di materia di fatto, su chi grava l'onere di provare l'errore?

Il sistema accusatorio, il giusto processo, la presunzione di non colpevolezza e *in dubio pro reo*, stanno tutti ad indicare che l'imputato non ha l'onere di dimostrare la propria innocenza, essendo d'obbligo la sua assoluzione qualora la corte non giunga ad un convincimento, oltre ogni ragionevole dubbio, su tutti gli elementi costitutivi del reato ascritto, risolvendosi *favor rei* tutti i dubbi relativi alla materia fattuale che la prova non consenta di chiarire – sia che tali dubbi insormontabili riguardino fatti sfavorevoli sia che abbiano ad oggetto fatti favorevoli, come quelli relativi alle cause di giustificazione.

Lo stesso ragionamento si applica alla prova dell'errore sulla fattispecie incriminatrice, che non è una causa di esclusione del dolo, ma il suo contrario – rappresenta, se vogliamo, lo “specchio negativo” dell'elemento intellettuale del dolo. In tale contesto, l'attività probatoria non è per nulla diretta all'errore, bensì alla comprovazione positiva della corretta rappresentazione del fatto tipico.⁴⁵ Sicché l'onere della prova in questa materia grava pienamente sul Pubblico Ministero, a cui spetta fare, nell'accusa, una circostanziata allegazione in relazione all'aspetto materiale della condotta, evitando, se possibile, espressioni vaghe e di routine quali «l'imputato ha agito consapevolmente...».

Che l'imputato non abbia l'onere di allegare, né quello di provare, le sue erronее rappresentazioni, né la mancanza di coscienza dell'antigiuridicità del fatto, né le cause di giustificazione o scusanti, è un'asserzione della quale non si dubita ma che spesso incontra difficoltà di ordine pratico. Se colui che ha scambiato la vittima per un animale da caccia non invoca l'errore, rischia una condanna per omicidio doloso – non perché si presume la conoscenza della fattispecie tipica, ma perché il giudice potrà inferirla dai dati esterni della condotta. In mancanza di elementi che rendono

⁴⁴ L'affermazione pretende di ridurre il problema alla sua espressione più semplice – “questioni di fatto” che sono, a tal fine, quelle che costituiscono oggetto di prova. Nulla di tutto ciò mette in discussione l'accettazione dell'*acquis* delle più recenti tendenze metodologiche che negano l'esistenza di una netta separazione tra fatto e il diritto e partono piuttosto da un modello di interazione fatto-norma (il cosiddetto “circolo ermeneutico”), che nell'elegante formulazione di K. Engisch caratterizza «l'andare e venire in prospettiva tra la norma e il fatto» (*Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt*). Sulla distinzione tra “questione di fatto” e “questione di diritto”, si veda A. Castanheira Neves, *Questão-de-facto – Questão-de-direito, ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*, Coimbra 1967, Idem, *Matéria de Facto – Matéria de Direito*, in: *Digesta*, III, Coimbra, 321 s.

⁴⁵ C. Pérez del Valle, *La prueba del error en el proceso penal*, in *RDP* 2/1996, 416; già F. Cordero, *Il giudizio d'onere*, Milano 1959, 62 s., notava che il dolo dovrebbe essere considerato un elemento costitutivo della punibilità e non un fatto impeditivo della stessa (in assenza) e, quindi, l'onere della prova dovrebbe gravare pienamente sul Pubblico Ministero. Ciò vale tanto più per coloro che sostengono la tesi della doppia rilevanza e considerano il dolo come un elemento che integra la fattispecie penale.

problematica l'ipotesi descritta nell'accusa e supportata sul piano probatorio dagli indizi raccolti, il potere d'acquisizione d'ufficio di nuovi mezzi di prova non viene attivato (art. 507 Cpp) e la circostanza favorevole all'imputato rischia di rimanere sconosciuta.

Ci sono autori che parlano, a questo proposito, di un onere di argomentazione a carico dell'imputato, volto ad introdurre elementi che potrebbero ragionevolmente non essere stati indagati dall'accusa, ma ben a disposizione della difesa. Non si tratta di un onere di allegazione che esime il Pubblico Ministero dallo specificare nell'accusa tutti gli elementi costitutivi del reato o che lo esonera dell'onere della prova o che annulla il potere probatorio d'ufficio del giudice, bensì di un onere di controversia.⁴⁶

4. a) Importa, infine, discutere il modo in cui viene fatta la prova del dolo e dell'errore.⁴⁷

Gli elementi psicologici come la conoscenza, la volontà, l'intenzione, la coscienza - o, in ogni caso, la loro inesistenza - potrebbero considerarsi inafferrabili. Non essendo comprensibili ai sensi, gli stati psicologici non possono, di regola, essere provati direttamente; sono pertanto il dominio di attuazione privilegiato della *prova indiretta o indiziaria*.⁴⁸

Chiaramente, c'è anche spazio per la prova diretta o rappresentativa, ma essa appare nella maggior parte dei casi insufficiente. È vero che in caso di errore o mancata previsione dell'evento, l'imputato sarà il primo interessato a presentare la sua versione dei fatti, ma proprio perché vi è questo interesse, la credibilità astratta delle sue dichiarazioni è più flebile e potrà rendersi necessario il loro confronto e la corroborazione tramite altre fonti di prova.⁴⁹ Potrebbe peraltro accadere che tali dichiarazioni non siano nemmeno disponibili perché l'imputato non è comparso in udienza ovvero ha mantenuto il silenzio, circostanza questa che non preclude la prova

⁴⁶ Così, F. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, cit., 471 s.; nello stesso senso, T. Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren: ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes*, München 2001, 37, allude proprio ad un onere "materiale o improprio" di allegazione di circostanze favorevoli (errore di conoscenza o di valutazione, inimputabilità, cause di giustificazione o scusanti, etc.).

⁴⁷ Sul punto, ampiamente, v. C. Pérez del Valle, *La prueba del error en el proceso penal*, cit., 413 s., R. Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., H. Koriath, *Über den Vorsatz und wie man ihn beweisen könnte*, in *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung*, Universitätsverlag Göttingen, a cura di H. Koriath, R. Krack, H. Radtke, J.-M. Jehle, Göttingen 2010, 103 s., G.A. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro, *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, T. Rafaraci, *Ricostruzione del fatto*, cit., 139 s. e G. Gentile, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di G. Carlizzi, G. Tuzet, Torino 2018, 385 s.

⁴⁸ R. Bartoli, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di G.A. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro, Torino 2010, 222 s., Idem, *Brevi considerazioni in tema di prova del dolo eventuale*, cit. 29 s. G. Gentile, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, cit., 390 s.

⁴⁹ J. Hruschka, *Sobre la difícil prueba del dolo*, cit., 153.

dell'errore ma obbliga a farla con altri mezzi. Per quanto riguarda la prova peritale, il suo peso in quest'ambito e per il momento è nullo o insignificante. «Né la scienza né le tecniche consentono di rilevare, ora per allora, “stati di coscienza, impulsi volontari, percezioni e rappresentazioni”»⁵⁰, sebbene alcune voci evidenzino il potenziale delle neuroscienze anche in questo settore.⁵¹

In assenza di prove dirette, dovrà giungersi alla decisione tramite un procedimento abduttivo in base al quale da una serie di fatti noti il giudice cerchi di ricostruire un fatto ignoto⁵². L'elemento intellettuale del dolo e l'errore che lo esclude costituiscono “il noumeno” al quale si tende per induzione a partire dal comportamento esteriore e da altre circostanze esterne del caso, il “fenomeno”.⁵³ La prova dovrebbe perciò basarsi sull'osservazione dei dati esterni disponibili, che ci consentano di inferire che l'agente si è rappresentato correttamente gli elementi della fattispecie tipica o che, invece, non era a conoscenza del divieto legale, oppure che ha agito per errore sul substrato di una causa di giustificazione – che sapeva, ad esempio, che la figura dietro ai cespugli contro la quale sparò fosse una persona (e non un animale da caccia); che sapeva che l'impermeabile che portò via con sé quando scese dal treno era di qualcun altro (e non suo); che era consapevole che la sua patente di guida, della cui validità diceva di esser certo, fosse scaduta; ovvero, adesso *in negativo*, che non era a conoscenza del fatto che fosse proibito introdurre elementi nuovi in articoli con un marchio registrato, destinati alla vendita. Tali indizi che esteriorizzano l'errore possono essere i più svariati: tutti quelli che il caso specifico ci offre.

Naturalmente, anche le circostanze esterne alla condotta a cui è attribuita efficacia indiziaria sono, a loro volta, soggette alla prova; si provano gli indizi, e a partire da essi si inferisce il fatto da provare (la cui prova è, quindi, indiretta). E questo passaggio intermedio tra gli enunciati fattuali secondari (gli indizi) e quelli che integrano l'elemento probatorio principale (l'errore) viene fuori da un processo inferenziale mediato da presunzioni giudiziali e regole dell'esperienza.⁵⁴

Come è noto, le massime dell'esperienza derivano dalla generalizzazione degli

⁵⁰ G. Losappio, *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 maggio 2017, 3, n. 7.

⁵¹ Così, L. Sammiceli, G. Sartori, *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in www.penalecontemporaneo.it 2015, 273 s., e S. Fuselli, *A misura di test: neuroscienza ed elemento psicologico del reato*, in *D&QP* 18, 2018, 215 s.; contra, T. Brown, E. Murphy, *Through a Scanner Darkly: Functional Neuroimaging as Evidence of a Criminal Defendant's Past Mental States*, in *SLR*, 62/4, 2010, 1179 ss., C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale: nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino 2016, 247 s.

⁵² Il procedimento probatorio, per quanto riguarda la ricostruzione del fatto storico è sempre (e non soltanto riguarda la prova dei fatti psichici), un ragionamento di carattere abduttivo, o, come è stato detto, di retroduzione). Sul tema, v. G. Canzio – M. Taruffo – G. Ubertis, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ragionevole dubbio)*, in *Criminalia* 2009, 305.

⁵³ In termini analoghi, cfr. M. Donini, *Il dolo eventuale*, cit., 103.

⁵⁴ G. Gentile, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, cit., 391 ss.

elementi comuni a determinati eventi passati per trarre illazioni sulle motivazioni e sul significato di determinati comportamenti umani⁵⁵. A differenza dei sillogismi deduttivi che offrono conclusioni sicure, la forza esplicativa di tali massime risiede nel grado di probabilità di ripetizione dello stesso fenomeno o comportamento nel futuro: ci si aspetta che accada ciò che accade normalmente (*id quod plerumque accidit*).⁵⁶ Spetta al giudice colmare il divario esistente tra la regola dell'esperienza, che di per sé non riguarda il fatto da provare, e l'ipotesi in esame – «sarà accaduto anche in questo caso ciò che succede normalmente?» Tuttavia è certo che, trattandosi di domini immuni a studi empirici, la misura della deviazione dall'ipotesi inferenziale non è nota e il margine di errore è pertanto inevitabile.

Ad ogni modo, ciò non significa che in questi casi il livello di prova degli elementi psichici sia qualitativamente inferiore o che i fatti rilevanti non possano essere accertati positivamente. La prova rappresentativa e la prova critica si distinguono appena per il loro oggetto (fatti principale v. fatti indiziari) non per la loro efficacia epistemologica: in entrambi i casi è possibile giungere allo *standard* della prova *beyond any reasonable doubt*.⁵⁷ Nel procedimento penale non si esige del resto la certezza assoluta, altrimenti non si riuscirebbe a provare mai nulla dato che essa è sempre impossibile da raggiungere.⁵⁸ La certezza richiesta per condannare è “solamente” una certezza pratica che escluda ogni ragionevole dubbio su una spiegazione alternativa, cioè quella che consenta al giudice di fare una “scelta” senza timore di sbagliare.⁵⁹ Se tale certezza viene raggiunta, il fatto (favorevole o sfavorevole) deve considerarsi provato; in caso contrario, *in dubio pro reo*.⁶⁰

b) Si sa che l'analisi dei fatti, tanto più sullo scenario psichico, è attribuzione di

⁵⁵ Circa le regole dell'esperienza, v. M. Nobili, *Nuove polemiche sulle cosiddette “massime d'esperienza”*, in *RIDPP* 1969, 123 s., G. Ubertis, *Argomenti de procedura penale*, Milano 2002, 103 s., M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali (Trattato di Diritto Civile e Commerciale, III, t. 2, sez. 1)*, Milano 1992, 197 s., e 2009, 551 ss.); in Portogallo, cf. A. Castanheira Neves, *Sumários de processo criminal*, Coimbra 1968, 45 s., J. M. Aroso Linhares, *Regras de experiência e liberdade objetiva no juízo de prova*, in *bfd*, Supl. XXXI, 1988, 1 s., e P. Sousa Mendes, *A prova penal e as regras de experiência*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, III, a cura di M. Costa Andrade et al., Coimbra 2010, 997 s.

⁵⁶ L. Ferrajoli, *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*, 5ª ed., Roma, Bari, 1998, 24 s.

⁵⁷ R. Polidori, *Prova indiziaria giudizio di colpevolezza “oltre ogni ragionevole dubbio”*, *DPP* 2014, 574 s.

⁵⁸ Secondo L. Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, cit., 23 s., «L'idea che si possa giungere ad una verità oggettiva o assolutamente certa è un'ingenuità epistemologica ed una pericolosa illusione».

⁵⁹ F. Carnelutti, *Accertamento del reato e “favor rei”*, in *DPP* 1961, 337 s., notando magistralmente che la verità non si vede, poiché non sta sopra, ma sotto le cose; di recente, G. Gentile, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, cit., 404 s.

⁶⁰ J. Della Torre, *Standard di prova e condanna penale: una ricostruzione metateorica e metagiurisprudenziale*, in *MSCG* 2015, 373.

maggior delicatezza – «è materia clinica», nelle espressive parole di Cordero.⁶¹

La motivazione è il primo e principale strumento di controllo e di verifica del giudizio; è il luogo in cui il giudice mette veramente alla prova le sue conclusioni, esponendole allo scrutinio non solo delle parti, ma anche del popolo e soprattutto dei giudici di grado superiore.⁶² Nella stesura della motivazione in fatto il giudice deve considerare tutti gli elementi acquisiti, dando conto per ogni fatto del risultato cui è giunto e della massima di esperienza applicata; deve indicare perché non ha accolto eventuali ipotesi alternative; deve infine svolgere tali operazioni senza incappare in vizi logici nel rapporto tra premesse e conclusioni e nemmeno in contraddizione tra le prove acquisite e i risultati raggiunti (artt. 192, 546 e 606, lett. e), del Cpp; artt. 97, 5° co., 374, 2° co., 410, 2° co., del Cpp portoghese).⁶³ Un'ulteriore garanzia di razionalità del giudizio è il controllo della motivazione in cassazione. La Corte di cassazione non può sostituirsi al giudice di merito nell'individuazione delle massime di esperienza da applicare, ma potrebbe valutare, alla luce delle peculiarità del singolo caso, la logicità del percorso logico-argomentativo adottato nella sentenza.⁶⁴

Proprio per ridurre il decisionismo e il soggettivismo nella valutazione della prova indiziaria, il legislatore italiano ha espressamente stabilito che l'esistenza di un fatto può essere desunta da indizi solamente qualora «questi siano gravi, precisi e concordanti» (art. 192, 2° co., Cpp).⁶⁵ Inoltre i tribunali hanno cercato di elaborare degli elenchi di indizi-tipo o indicatori (dell'«*animus necandi*», del dolo di ricettazione, ecc.) e di formulare delle regole di rilevanza e concatenazione degli indizi. La rilevanza di queste indicazioni è aumentata in maniera esponenziale proprio quando la tematica del dolo è uscita da un originario campo applicativo legato alle *attività illecite*, per estendersi al territorio prima inesplorato dei *contesti leciti* di base – finendo per attingere trasversalmente i più vari «quadri di vita», dalla trasmissione di HIV mediante rapporti sessuali non protetti alla responsabilità dei sindaci e degli amministratori nei reati economici, passando per la circolazione stradale e per gli infortuni sul lavoro.⁶⁶

⁶¹ F. Cordero, *Procedura penale*, 9ª ed., Milano 2012, 1020.

⁶² G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino 2004, 54.

⁶³ Sul tema nella dottrina italiana, v. E. Amodio, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *ED*, XXVII, 181 s., M. Menna, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli 2000, 64 s., M. Taruffo, *Note sulla garanzia costituzionale della motivazione*, in *BFD* 2004, 303 s., G. Ubertis, *Argomenti di procedura penale*, cit., 102 s.

⁶⁴ M. Pierdonati, *Dolo e accertamento*, cit., 421. Critico, F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale: fatto, diritto e motivazione*, Milano 2013.

⁶⁵ Il legislatore non ha fatto altro che codificare dei criteri che erano già stati elaborati dalla giurisprudenza, come nota E.M. Catalano, *La prova indiziaria*, in AA. VV., *Prova penale e metodo scientifico*, Milano 2009, 61 s.

⁶⁶ Su tale giurisprudenza, cfr. F.M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, cit., 493, S. Canestrari, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base consentito*, in www.penalecontemporaneo.it 2013, 4, M. Donini, *Il dolo eventuale*, cit., 80 s., A. Aimi, *Dolo eventuale al banco di prova della casistica: analisi e critica della giurisprudenza in materia*, in www.penalecontemporaneo.it, 3/2013, 301 s., F. Viganò, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 marzo 2014

Nei contesti a rischio di base consentito, settori tipici della responsabilità colposa, lo sforzo della giurisprudenza va orientato a individuare criteri operativi di delimitazioni tra l'ambito della colpa cosciente e quello del dolo eventuale. È appunto in questo quadro di riferimento che rientra il dibattito intorno alla definizione di “indicatori sintomatico-probatori” del dolo, nel quale si distinguono – sicuramente per l'indubbio rilievo scientifico che tale vicenda ha assunto, ma anche per il clamore mediatico che ha generato – le sentenze di merito rese sul c.d. caso *ThyssenKrupp*.⁶⁷

Sarebbe improduttivo richiamare i fatti della causa o l'iter della procedura.⁶⁸ Sono ben noto a tutti sia il tragico incidente all'acciaieria di Torino, sia il risultato di quella che è stata definita un'«imputazione spettacolare».⁶⁹ Come è risaputo, il caso giunge in Cassazione e, a causa della «speciale importanza delle questioni implicate», i vari ricorsi vengono assegnati alle Sezioni Unite affinché esse raggiungano finalmente l'ambizioso obiettivo di individuare «l'esatta linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente».⁷⁰

Ci pare tuttavia che la Suprema Corte non abbia saputo dare una risposta completamente soddisfacente al problema della prova del dolo nella procedura penale.⁷¹ Prima di spiegare le ragioni del nostro scetticismo, è opportuno sottolineare quello che riteniamo il principale aspetto positivo della sentenza *Thyssen*, vale a dire: la ricostruzione dell'elemento volitivo del dolo eventuale come atteggiamento personale in cui l'agente «si sia consapevolmente determinato ad agire comunque», accettando l'eventualità della lesione di beni giuridici altrui. La formulazione adottata dalla Cassazione è dunque molto vicina al criterio della “rassegnazione”, maggioritario nella dottrina tedesca e nella portoghese e anche prevalente nella letteratura italiana attuale (seppure con l'utilizzo di terminologia diversa). L'elemento volitivo sarà

(anche pubblicato in Il libro dell'anno del diritto 2013 Treccani).

⁶⁷ Cass. Pen., S.U., 24.4.2014, n. 38343, Espenhahn, in <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2019/04/SSUU-Thyssenkrupp.pdf>, 18 settembre 2014. La sentenza ha fatto scorrere fiumi d'inchiostro nella dottrina italiana. Si veda, tra molti altri, R. Bartoli, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *GI* 2014, 2566 ss.; G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*, in *RIDPP* 2014, 1938 s.; A. Aimi, *Dolo eventuale e colpa cosciente: il caso Thyssen al vaglio delle Sezioni Unite*, in www.penalecontemporaneo.it 1/2014, 49 s.; Idem, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp* (voce per “Il libro dell'anno del diritto Treccani 2015”), in www.penalecontemporaneo.it, 6 novembre 2014; G. De Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *RIDPP* 2015, 77 s.; L. Carboni, *Il dolo eventuale dopo la sentenza Thyssenkrupp*, Vicalvi 2015.

⁶⁸ Per un sintetico e efficace riepilogo delle circostanze e della storia processuale vedasi A. Aimi, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*, cit., 4 s.

⁶⁹ L'espressione è di A. Natale, *Dopo la Thyssen*, in *QG* 2, 2012, 148.

⁷⁰ Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, Espenhahn, cit., 145 (§ 33). Le ulteriori citazioni sono tratte della medesima sentenza, ove non diversamente specificato.

⁷¹ Nella conclusione, per tutti, A. Aimi, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*, cit., 7.

presente qualora l'agente si sia rappresentato l'evento come conseguenza probabile della propria condotta e sia ravvisabile nella sua decisione di agire una scelta in favore della (possibile) violazione del bene giuridico.

Il punto nodale della decisione non è tuttavia l'(utopica) individuazione della formula teoretica perfetta, ma – come anticipato – la stesura di una lista di undici indizi o indicatori probatori di dolo a partire dalla sistematizzazione della *praxis* giurisprudenziale degli anni precedenti. È condivisibile il fatto che la Corte di cassazione ha espressamente riconosciuto come “aperto” l'elenco di indicatori che dovrebbero ormai guidare l'organo giudicante nell'accertamento del dolo. In effetti, non vi è nulla che osti all'esistenza di queste linee guida giurisprudenziali, purché con esse non si intenda codificare rigidamente le massime dell'esperienza nello stile di un qualsivoglia “sistema di prove legali del terzo millennio”. È importante che il giudice consideri tali linee guida quali semplici strumenti di lavoro e non come regole vincolanti e automatiche⁷², evitando di interpretare «l'induzione giudiziaria come deduzione mascherata».⁷³ Anche in questo caso è importante che, al momento della decisione, il diritto penale non ignori i dati della realtà e non perda di vista il caso concreto nella sua irripetibile singolarità.

L'aspetto che suscita qualche perplessità è la profonda asimmetria degli indicatori selezionati dalle Sezioni Unite. Nel catalogo rientrano “indizi” tanto diversi quali, da una parte, la «probabilità di verifica dell'evento», la «storia e le precedenti esperienze» dell'agente – a indiziare la consapevolezza delle conseguenze lesive che possono derivare dalla condotta –, nonché le caratteristiche dell'agente, ossia, «la sua cultura, l'intelligenza, la conoscenza del contesto in cui sono maturati i fatti» – che hanno un peso indiscutibile nell'ambito del profilo conoscitivo del dolo –, e, dall'altra parte, il «contesto lecito o illecito di base», «la lontananza della condotta *standard*» e «la prima formula di Frank». Quest'ultima è il criterio di tipo sostanziale usato da Reinhard Frank per definire il concetto di dolo eventuale; non si tratta dunque di uno strumento euristico, e il fatto che faccia riferimento a un giudizio ipotetico rende (a nostro avviso) impraticabile il loro uso a fine probatorio. Gli altri “indizi” (contesto, lontananza) rivelano – come del resto si scrive nella sentenza – il «radicale antagonismo rispetto all'imperativo della legge». Si tratta di indicazioni normative indubbiamente importanti per stabilire il significato antigiusdittico della condotta, il suo grado di disvalore o rimproverabilità soggettiva – in altri termini: per *imputare* a dolo. Nulla permettono tuttavia di *inferire* né circa la rappresentazione del fatto (o la sua assenza) da parte dell'agente, né circa l'“accettazione” dell'evento tipico – del resto, come si è visto sopra, l'accettazione o adesione all'offesa (ossia la decisione contro lo

⁷² P. Laurenzo Copello, *Dolo y Conocimiento*, cit., 132 s.

⁷³ La formula è di L. Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, cit., 113 s.

bene giuridico) configura una questione di diritto estranea a problemi di prova.

La maggiore debolezza della sentenza è in effetti la indebita sovrapposizione tra il piano normativo e il piano empirico nella definizione del dolo. La Corte voleva smarcarsi dalla considerazione degli indicatori quali espressione di un *quid* spirituale che non si troverebbe propriamente nella realtà fattuale⁷⁴, ma a quanto pare finisce per confondere fatti e valori, criteri normativi e indizi probatori⁷⁵, ignorando che – anche se è vero che i concetti giuridici devono essere costruiti in modo tale da poter essere provati – concetto e prova devono restare ben distinti tra di loro.

Forse questo equivoco concettuale è una delle ragioni per cui la sentenza *Thyssen* non è stata in grado di chiarire in modo sicuro e definitivo il problema dei confini e della prova del dolo. Infatti le più recenti decisioni giurisprudenziali confermano che non esiste realmente un'adesione univoca ad uno schema dogmatico stabile e che le conclusioni dei giudici appaiono il frutto di un impregnante realismo e del contingente convincimento all'attendibilità dei multipli (e a volte contrapposti) criteri dottrinali.⁷⁶

5. Il proposito fondamentale di questo scritto è analizzare i rapporti tra dolo, errore e prova indiziaria nel diritto penale. Non si tratta di ricostruire il complesso e annoso dibattito sul confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, nemmeno di contribuire a risolvere questo «problema massimo e oscuro del diritto penale»⁷⁷, ma semplicemente di discutere se l'errore e il dolo – come configurati dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza attuale – sollevano effettivamente questioni di fatto da risolvere mediante le prove.

Gli ordinamenti tedesco, portoghese e italiano convergono sulla risposta al problema del errore. La mancata o errata coscienza dell'illiceità della condotta, ossia l'errore di valutazione, ha effetto appena sulla *colpevolezza*. Le cose sono diverse nel

⁷⁴ In particolare, dalle concezioni di W. Hassemer, *Caratteristiche del dolo*, in *IP* 1991, 498, e Hruschka, *Sobre la difícil prueba del dolo*, cit., 145 s., per cui gli indicatori sostanziano, in qualche modo, essi stessi il dolo quale concetto disposizionale. Critico, M. Donini, *Il dolo eventuale*, cit., 95 s.

⁷⁵ Questo processo di commistione è ben esplicitato da P. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., 539: «la prova surroga l'oggetto e si verifica un interscambio di piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato dall'esigenza probatoria) come in un gioco di specchi nel quale prova ed oggetto si confondono, poi si alternano ed infine si sovvertono».

⁷⁶ S. Raffaella, *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa*, cit., 423. Lo evidenziano le varieguate reazioni giurisprudenziali alla pronuncia *Thyssen* esposte da A. Cappellini, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori*, cit., 35 s.; di recente, cfr. M. Spina, *Scelta irrazionale e dolo eventuale: una applicazione "a singhiozzo" dei criteri Thyssen*, in *Giurisprudenza penale web* 11/2019, precisando che esso non sorprende perché ai giudici prima non è richiesto «di focalizzare l'attenzione sui teorici connotati del dolo eventuale, ma piuttosto d'accertare se essi ricorressero nella vicenda concreta».

⁷⁷ A. De Marisco, *Coscienza e volontà nella nozione di dolo*, Napoli 1930, 1.

caso di errore di conoscenza o intellettuale: chi agisce avendo una erronea percezione della realtà non commette un *illecito doloso*. Ciò è particolarmente vero per l'errore sulla fattispecie, inteso come lo "specchio negativo" del dolo. Ed ecco come sorge la principale questione da affrontare: il dolo e l'errore intellettuale che lo esclude sono realmente problemi di fatto a risolvere in base alle prove?

L'idea secondo la quale il dolo include come elementi essenziali la rappresentazione e la volontà non offre una risposta esauriente alla precedente domanda. La dottrina dominante riconosce l'essenzialità dell'elemento volitivo, ma non si astiene dal darlo per verificato in relazione a eventi il cui accadimento l'agente non ha realmente voluto e ha solo rappresentato come possibile – dal momento dal che ha "aderito" o "accettato" il risultato offensivo. Nel piano volitivo non è dunque il nesso psichico reale tra l'autore e i fatti che configura il dolo, ma l'atteggiamento di contraddizione o indifferenza verso il bene giuridico che la condotta esprime se esaminata alla luce di criteri normativi o valoriali generale che hanno radice «negli orientamenti assiologici collettivi circa il diverso significato giuridico-sociale del rimprovero per dolo e del rimprovero per colpa». ⁷⁸

Ciò significa in pratica che la "volontà" non è oggetto di accertamento processuale: si *prova* la conoscenza attuale della situazione fattuale rischiosa ovvero la rappresentazione del concreto esito offensivo da parte dell'agente e, se sono soddisfatti determinati criteri di valutazione, si *imputa* all'agente l'atteggiamento personale doloso che si manifesta nella sua condotta. La prima si basa su *indizi* e massime dell'esperienza che consentano di inferire che l'agente si è rappresentato correttamente il rischio dell'evento, mentre il giudizio d'imputazione tiene conto dei dati della realtà come substrato materiale da valutare alla luce di *parametri normativo-sociali*.

Il substrato fattuale di alcuni indicatori valoriali coincide con gli indizi probatori: la probabilità e la prevedibilità del risultato, il grado d'istruzione o alfabetizzazioni dell'agente, la sua cultura ed intelligenza *etc.* sono al tempo stesso indizi di conoscenza ed elementi del giudizio di rimprovero doloso. Esistono tuttavia altri, come il contesto lecito o illecito dell'azione o la lontananza della condotta *standard*, che sono (soltanto) indicatori normativi indispensabile per stabilire il significato antigiusuridico della condotta al fine di valutare se l'agente deve essere punito a titolo di dolo. I piani sono innegabilmente interconnessi, ma restano diversi e non devono essere confusi.

⁷⁸ G. Fiandaca, *Appunti sul "pluralismo" dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, in *Corte ass.*, 2011, 1, 89, *apud* A. Aimi, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 62.