UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA TOR VERGATA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

XXII° CICLO DI DOTTORATO IN DIRITTO PUBBLICO

TESI DI DOTTORATO

IN DIRITTO PENALE PARTE GENERALE

" DOLO EVENTALE E COLPA CON PREVISIONE".

L'EVOLUZIONE STORICO-DOTTRINALE DEL DOLO EVENTUALE

TRA DOMMATICA E DIRITTO POSITIVO"

DOTTORANDO: PASQUALINO SILVESTRE

Coordinatore: Chiarissimo Prof. Antonio D'ATENA

Docente Guida/Tutor: Chiarissimo Prof. Vincenzo SCORDAMAGLIA

ROMA, ANNO ACCADEMICO, 2009 – 2010

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

SOMMARIO: - 1) La determinazione dei confini tra dolo e colpa: persistente attualità della tematica; - 2) Verso un tertium genus di colpevolezza: responsabilità da rischio e riprovevolezza; - 3) Dall'approccio dommatico all'approccio pratico. Una scelta di metodo: la separazione della dommatica dall'interpretazione del diritto positivo vigente.

- 1) La determinazione dei confini tra dolo e colpa: persistente attualità della tematica.

Lo studio del dolo eventuale o indiretto,[1] e dei suoi criteri di distinzione dalla colpa con previsione dell'evento o *"cosciente"*[2], rappresenta oramai da molteplici decenni [3] uno dei punti più controversi e dibattuti nella dogmatica giuridico-penale dell'età contemporanea[4].

---

[1] Per la quasi totalità della dottrina le due terminologie sono sostanzialmente equivalenti, tuttavia una delle prime complicanze cui bisogna far fronte consiste nel manifestarsi di difformità di vedute sin già in ambito classificatorio e terminologico, prima ancora che a livello dogmatico e contenutistico. Più precisamente, limitandoci per ora alle sole forme principali del dolo, parte della dottrina preferisce una costruzione tripartita in cui si differenziano dolo intenzionale, dolo diretto e dolo eventuale, altra una costruzione bipartita in cui si differenziano il dolo diretto e il dolo intenzionale da un lato (considerati il secondo una sottospecie aggravata del primo) ed il dolo eventuale o indiretto dall'altra. Adottano la bipartizione: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 16^ed., Milano, 2002; M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2005, vol.I°; e da R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale, parte generale*, 5^ed, 2006, Padova, p.255 ss., che pure adotta una esposizione tripartita. Non mancano, ovviamente schemi eclettici quali quelli adottati da V. ZAGLEBESKY – V. PACILEO, *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2009, i quali differenziano tra dolo diretto e dolo indiretto, individuando all'interno di quest'ultimo le due forme del dolo alternativo e del dolo eventuale. Parte maggioritaria della manualistica tende ad identificare il dolo eventuale con il dolo indiretto, utilizzando le due definizioni come sinonimi e ad adottare una tripartizione delle forme di dolo (in tal senso G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 6^ed, Bologna, 2009, p.367, che distingue più precisamente tra dolo intenzionale – o diretto di primo grado - , dolo diretto – o di secondo grado - e dolo eventuale o indiretto. Nei medesimi termini: A. NAPPI, *Guida al Codice Penale, Parte generale*, 2^ed, Milano, 2008, p.229. Condividono la stessa impostazione: G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, Milano, 2009, p.182; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol.II°, par.2^, Torino, 2001, p.117; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 4^ed, 2001, p.324, che pur tuttavia distingue solamente tra dolo intenzionale o diretto e dolo eventuale o indiretto; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 3^ed, Torino, 2009, p.336 s; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, 3^ed, Torino, 2008, p.308; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Roma, 2009, p.734; M. BOSCARELLI, *Compendio di Diritto penale, Pt. Gen.*, 8^ed, Milano 1994, p.85 ss. Minoritaria appare pertanto la ricostruzione di A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale parte generale, Il reato*, Milano, 2007, il quale, pur adottando una bipartizione di base, individua poi tre forme di dolo indicandole in: dolo intenzionale o diretto, dolo indiretto, e dolo eventuale, distinguendo le ultime due forme in base al differente coefficiente statistico della previsione dell'evento: certezza, nel primo caso, possibilità, nel secondo.

[2] In dottrina deve essere richiamata la teoria di S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p.41, il quale distingue la colpa cosciente dalla colpa con previsione, indicando la prima delle due come quella colpa nella quale l'agente ha la consapevolezza del carattere negligente, imprudente o inosservante di leggi del proprio comportamento, (consapevolezza ritenuta in

linea generale non necessaria) e la colpa con previsione come una colpa cosciente, nel senso teste indicato, su cui ricorra l'aggravante di cui all'art. 61, n°3, c.p. La denominazione "*colpa cosciente*", dunque, non potrebbe più essere utilizzata, come avviene nella prassi, come sinonimo della colpa con previsione di cui all'art. 61 n°3 c.p., dovendosi invece utilizzare per indicare una differente forma di colpa tendenzialmente grave, da doversi considerare per la commisurazione della pena ai fini dell'art. 133 c.p.

[3] Per un'ampia ricostruzione storica che spazia dall'epoca paleo babilonese sino ai più recenti progetti di riforma del codice penale si rinvia a M. CATERINI, *Il reato eccessivo, la preterintenzione dal versari in re illicita al dolo eventuale*, Napoli-Roma, 2008. Per un approfondimento del concetto di dolo nella tradizione ebraica e nella filosofia greca si rimanda a G. P. DE MURO, *Alle origini del concettosi dolo: dall'etica di Aristotele al diritto penale romano*, sul sito *http://dirittoestoria.it*, contributi, n°5, 2006; ID, *Prologomeni storici allo studio del dolo* in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2006, p.1410 e ss.

[4] E' nell'ottocento, infatti, che il dibattito dottrinale viene a polarizzarsi sulla contrapposizione tra teoria della volontà (*Willenstheorie*) che poggia sulla volontà dell'evento, e la teoria della rappresentazione (*Vorstellungstheorie*) che ravvisa l'essenza del dolo nella previsione dell'evento. Ed è con questa contrapposizione, come rilevato da G. P. DE MURO, *op.ult.cit*. p.1453 che si passa dalla storia all'attualità. Inoltre, come già rilevato da R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Juristische Fakultät in Giessen* FS, 1907, p.544 s, (già citato in G. DE FRANCESCO; *La concezione del dolo in Francesco Carrara* in *Riv.it.dir.proc.pen*, 1988 p.1350), la perenne disputa tra le due teorie si è rivelata spesso affetta da un esasperato nominalismo che ha finito con arrecare nocumento alla reale comprensione dei fenomeni psicologici caratteristici del dolo, ed ha poi alimentato la successiva contrapposizione tra teoria causale, finalistica e sociale dell'azione, nonché tra colpevolezza in senso psicologico ed in senso normativo. La letteratura sul tema dei limiti tra dolo eventuale e colpa cosciente è sterminata. Volendo fare riferimento esclusivamente ad alcuni dei principali contributi scientifici editi successivamente all'entrata in vigore del vigente codice penale nel 1930, si possono indicare: S. ARDIZZONE, *Ai confini tra dolo eventuale e colpa: un problematico discernimento a proposito di una fattispecie omissiva impropria*, in *Dir.Fam. e Pen.*, 1987 p.635; G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.113; G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, (*Annuario Univ. Catt. S.C.* 1932), in ID., *Raccolta degli scritti*, vol.I°, Milano 1976, p.431; A. DI LORENZO, *I limiti tra dolo e colpa*, Napoli, 1955; L. D'ORAZI, *Colpa cosciente e dolo eventuale nella infortunistica stradale*, in *Cr.Pen*., 1960, p.114; L. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1987, p.1068; G. FORTE, *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente*? In *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, p.228; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente, ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999; *ID., La definizione legale del dolo: il problema del dolo eventualis*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2001, pp. 906 e ss; G. MARINUCCI,: *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1991; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993; ID, *Considerazioni sul dolo eventuale e colpa con previsione* in AA. VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, pp. 271 e ss; G. BATTAGLINI, *Postilla sul cosiddetto dolo indeterminato*, in *Giust.Pen*., 1948, vol.II°, pp. 800 e ss; ID, *Considerazioni sul dolo eventuale*, in *Cass.Pen*., 1986, pp.1986 e ss; M. TRAPANI, La *divergenza tra "voluto" e "realizzato"*, Milano, 1992, ristampa inalterata, Torino, 2006; A. DE MARSICO, Coscienza e volontà nella nozione di dolo, Napoli, 1930; ID, *Colpa con previsione e dolo eventuale*, in *Scritti in onore del prof. Ugo Conti*, Città di Castello, 1932, pp.305 e ss; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983; E. MORSELLI, *Coscienza e volontà nella teoria del dolo*, in *Arc.Pen*., 1966, vol.I°, p.406; D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dogmatica nella dottrina del dolo*, Napoli, 1961; D. RENDE, *Dolo di danno, dolo di pericolo, e colpa con previsione*,in *Studi in onore di M. D'Amelio*, vol.III°, Roma, 1932, p.234 e ss; G. MARCIANO, *Colpa con previsione e dolo eventuale*, in *Scritti in onore del Prof. Ugo Conti, op.cit*., p.305 e ss; M. FINZI, *Volizione diretta verso un risultato che sta fuori degli atti esterni d'esecuzione di un reato*, in *Studi in onore di A. Rocco*, vol.I°, Milano, 1952, pp. 382 e ss; M. GALLO, *Il dolo, oggetto ed accertamento*, in *Studi urbinati*, 1951-1952; F. ANTOLISEI, *La volontà nel reato*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p.129 e ss; E. ALTAVILLA, *Dolo eventuale e colpa con previsione*, in *Riv.it.dir.pen*., 1957, p.169 e ss; ID, *Dolo di pericolo con evento di danno e colpa con previsione*, in *Riv.it.dir.pen*., 1938, p.324 e ss; S. RICCIO, *Il dolo eventuale*, Napoli, 1940; O. VANNINI, *Responsabilità senza colpa*, in *Riv.Pen*., 1921, p.401 e ss; ID, *Poche parole, ma chiare parole, in tema di dolo*, in *Quid Juris*, vol.X°, Milano, 1953, G. BECCARI, *La conseguenza non voluta*, Milano, 1963; M. MASUCCI, *"fatto" e "valore" nella definizione del dolo*, Torino, 2004.

Generazioni di giuristi[5] hanno dedicato i loro sforzi al tentativo[6] di illuminare i reciproci confini del dolo e della colpa, con l'intento di individuare un parametro di discernimento che fosse simultaneamente idoneo a soddisfare tanto le esigenze di accertamento e verifica processuale[7] dell'elemento psicologico, quanto quelle di unità sistematica della teoria generale del reato[8].

Complicazioni già consistenti, che sono ulteriormente incrementate dalla necessità di confrontarsi con la vastità delle elaborazioni dottrinarie sviluppatesi nel corso degli anni e con il reciproco influenzarsi (nelle diverse ricostruzioni teoriche) delle varie accezioni della colpevolezza, dell'azione e dell'evento[9]. Concetti abitualmente accolti in accezioni mutevoli

---

5 Si osservi in merito come, *tertio millennio adveniente*, in esito ad un attenta e completa indagine comparatistica, lo stesso S. CANESTRARI, *op.loc.ult.cit*., p.3 fosse giunto a recensire ben 11 differenti formule definitorie tutte volte, nelle intenzioni dei compilatori, a tracciare con nettezza i confini tra dolo eventuale e colpa cosciente. Dato che, aggiornato alle più recenti tendenze, potrebbe rendere tale "*doppia cifra*" ben più copiosa. Costatazione, quest'ultima, che già da sola dovrebbe essere sufficiente a dimostrare l'impossibilità di poter far affidamento, in tema di accertamento del dolo, su massime di esperienza univoche e condivisibili, per un modello processuale di accertamento della responsabilità penale in cui deve essere fornita la prova che "*l'imputato risulti colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio*", come espressamente richiesto dall'art.533 c.p.p., come riformato dall'art. 5 della L. n°46 del 20 feb. 2006. Sul punto anche G. P. DE MURO, *Prologomeni*, *op.cit*., p.1456. Più approfonditamente, vedi, *infra*, cap.II°, §5.

6 La pressoché totalità degli interpreti, infatti, pur dopo aver tentato di individuare una propria soluzione al problema, è sostanzialmente concorde nel ritenere che il bilancio complessivo di tutti gli sforzi dottrinari compiuti non possa tuttora ritenersi soddisfacente, in tal senso S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, *op.cit*., p.2.

7 Tra i tanti, si veda G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass.Pen*., n°12, 2009, p.5028 e s,. Autore che focalizza l'attenzione sulla valutazione dei rischi sottesi al concepire la prova quale "elemento" del reato, come sembra avvenire nell'esperienza angloamericana. Quanto al rapporto tra il tema della prova e le norme sulla colpevolezza; ID, *Una categoria di frontiera: il dolo eventuale tra scienza, prassi giudiziaria e politica delle riforme*, in *Dir.pen e proc*., n°11, 2009, p.1329 e s. Similmente G. P. DE MURO, *Prologomeni*, *op.cit*., p.1453 ss., su come il dolo eventuale sia nato proprio per l'esigenza di sopperire a difficoltà probatorie. V., *infra*, cap.II°, §5.

8 Per un'approfondita indagine sul punto, ed in particolare per la crisi strutturale del sistema derivante dal passaggio da un impersonale diritto penale del fatto alla personalizzazione della responsabilità dell'autore, si veda M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig.dics.pen*, vol.XIV°, pp.221 a 297 e, in particolare, pp.276 e ss.

9 In tal senso, S. PROSDOCIMI, *Il reato doloso*, in, *Dig.disc.pen.* 1996, vol.XI°, p.237. Il quale sottolinea come nella dogmatica degli ultimi anni, specialmente di lingua tedesca, si tenda con notevole frequenza a porre in crisi i tradizionali criteri di scomposizione e di analisi del reato anche per quanto riguarda la collocazione del dolo. L'inclusione del dolo nel fatto, quale essenziale momento o componente della condotta, operata dalla teoria finalistica dell'azione, poggia infatti sull'idea della compenetrazione del dolo con gli altri elementi costitutivi del reato, e cosi facendo sostiene la tesi della doppia funzione del dolo e della colpa, prima nel fatto e poi nella colpevolezza. Merito indubbio della corrente finalistica è dunque quello di avere provocato una più intensa riflessione sopra taluni nessi d'interdipendenza esistenti tra i diversi elementi costitutivi dell'illecito penale, nessi che però, secondo l'autore, non possono giustificare il sovvertimento o l'abbandono totale dei criteri di scomposizione del reato. Diffusamente in argomento, con ampie indicazioni bibliografiche, G. MARINUCCI: *Il reato come "azione". Critica di un dogma,* Milano, 1971, pp.153 ss., il quale sottolinea, in particolare alle pp.69 ss., come gli oppositori del finalismo abbiano dimostrato che il dolo essendo caratterizzato da una struttura e da un oggetto di natura fondamentalmente normativa, non possa farsi in alcun modo rientrare nel concetto d'azione ontologicamente considerata. Da ultimo, per un quadro sintetico della teoria finalistica dell'azione nei suoi aspetti costitutivi essenziali, si possono consultare: M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più*

da un autore all'altro, con dissonanze non solo di carattere terminologico, ma spesso indicative di differenti impostazioni sostanziali[10].

Cosi, grazie al suo indiscusso fascino scientifico e alla straordinaria, poliedrica[11], importanza dei riflessi applicativi ed essa correlati, la "*questione più difficile e discussa del diritto penate*"[12] ha mantenuto inalterata la sua attrattiva sino ad oggi. Da un lato, per le difficoltà incontrate nel sintetizzare l'esatta portata differenziale dei due elementi soggettivi alla luce del diritto positivo vigente[13] (dove il dolo eventuale, a differenza della colpa con previsione, non è espressamente previsto[14]) dall'altro per la facilità di poter continuare a trarre dal vissuto quotidiano spunti sempre nuovi di attualizzazione.

Numerose, infatti, sono le fenomenologie di pericolo connesse a comportamenti devianti realizzati nell'ambito di contesti a rischio di base consentito e, talvolta, in contesti di rischio persino disciplinati dall'ordinamento giuridico[15].

Le conseguenze aberranti della guida spericolata[16], il contagio derivante da rapporti sessuali non protetti dell'infetto da HIV[17] (o da altre malattie invalidanti o mortali

---

recente dottrina tedesca, Milano, 1950; H. WELZEL, *Posizione dogmatica della teoria finalistica dell'azione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*,1951, pp.1 ss.; ID., *Il nuovo volto del sistema penale,* in *Jus*, 1952, p.31; D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955; N. CAMPISI, *Rilievi sulla teoria dell'azione finalistica*, Padova, 1959; V. ZAMPETTI, *Il finalismo nel diritto*, Milano, 1966; C. FIORE, voce "*Azione finalistica*" in *Enc.giur.Treccani*, vol.IV°, Roma, 1988; ID., *Diritto penale*, vol.I°, Torino, 1993, pp.134 ss.; G. MARINI, *voce Condotta* in *Dig.disc. pen*., vol.III°, Torino, 1989, pp.13 ss.

[10] Così: S. TASSI, *Il dolo*, Padova, 1992, p.2. Vedi, *infra*, cap.II°, §1.

[11] La determinazione del concetto di volontà umana e della capacità della mente di antivedere le conseguenze del proprio agire è, infatti, un campo di azione che chiama in causa tanto la religione che il diritto e la filosofia e, nell'ambito più propriamente scientifico nel senso stretto del termine, la medicina la psichiatria, e le neuroscienze. Vedi *infra*: cap.I°,§11.

[12] Così: H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11^ed., Berlin, 1969, p.69, come già ricordato in S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.cit*., p.2, nota 1.

[13] In tal senso R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Roma, 2009, p.736.

[14] Il che rappresenta sicuramente un indice molto importante della sua criticabilità, essendo quantomeno discutibile che in un sistema penale in cui gli elementi soggettivi del reato sono specificatamente identificati e definiti, ed i principi di tassatività, determinatezza e precisione della norma penale sono unanimemente riconosciuti come dei principi di fondamento costituzionale, si possa infliggere una pena sulla base di un elemento soggettivo di creazione interpretativo-giurisprudenziale quale il dolo eventuale.

[15] In tal senso, S. CANESTRARI; *op.cit*. p.907. Al medesimo Autore si può inoltre utilmente rinviare per un'approfondita analisi delle nuove fenomenologie del rischio (pp.931 ss.) tra le quali viene ad essere compreso il caso dei genitori Testimoni di Geova che omettano volontariamente di sottoporre i figli malati a terapie emotrasfusionali (pp.935 ss.).

[16] Tra i contributi più recenti sul tema si possono segnalare: G. FIANDACA, *Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?* Nota a sentenza G.U.P., Roma del 20 novembre 2008, imp. Lucidi, in *Foro it*., n°7-8, 2009, pp.414 ss; F. VIGANO', *Fuga "spericolata" in autostrada e incedente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?* Nota a sentenza G.U.P. Tribunale di Milano, 21 aprile 2004, in *Cor.Mer.*, n°1, 2005, p. 70 e ss. In giurisprudenza: Cass. Sez.IV pen., n°26131 del 3-6-2008, in *Cass.Pen*., n°12,

sessualmente trasmissibili[18]), il lancio dei sassi dal cavalcavia[19], l'omessa autorizzazione alla terapia emotrasfusionale in danno dei figli minori operata da genitori testimoni di Geova[20], la responsabilità penale dell'*internet-provider* nei reati di pedofilia[21], l'imputazione soggettiva

---

2009, p.547, con nota di D. POTETTI, *I nuovi lineamenti del reato di omicidio colposo e lesioni colpose, conseguenti al c.d., "pacchetto sicurezza"*, pp.550-567 e, *quivi*, in particolare p.63; Cass. Sez.I pen., n°832 del 8-11-1995, Piccolo, in *Cass.Pen*., 1997, p.991; Cass. Sez.I pen., n°4583 del 24-2-1994, Giordano, in C.e.d. Cass., n°198272; Cass. Sez. I pen., n°7382 del 3-6-1993, Piga, in C.e.d. Cass., n°198270; Cass. Sez. I pen., n°5527 del 28 -1-1991, Caporaso, in C.e.d., Cass., n°187590; Cass. Sez. I pen., n°4912 del 12-01-1989, Calò, in C.e.d., Cass., n°180977.

[17] Per quanto attiene al contagio da H.I.V., limitando l'attenzione alla sola dottrina italiana, possono essere consultati per più consistenti approfondimenti: A. CASTALDO, *AIDS e diritto penale: tra dogmatica e politica criminale*, in *Studi urbinati*, 1988-1989/ 1989-1990, p.38 ss.; CANOCCHIA, *Profili di responsabilità per contagio da H.I.V.*, in *AA. VV., Diritto penale lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006, p.230; B. MAGLIONA, *Contagio da H.I.V./AIDS, per via sessuale, alcuni spunti di riflessione medico legale*, in *Dir.pen.proc.*, 2000, p.1525; E. NICOSIA, *Contagio da H.I.V. tra marito e moglie, omicidio doloso*, commento a sentenza Trib. Cremona, 14/ottobre/1999, in *Foro it*., 2000, vol.II°, p.348 ss.; G. FORTE, *Morte come conseguenza di contagio da HIV: profili soggettivi*, *Ibidem*, p.289; S. SUMMERER, *Contagio sessuale da virus H.I.V. e responsabilità penale dell'AIDS-carrier*, in *Riv.it.dir.proc.pen*, 2001, p.299; E. DI SALVO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Cass.Pen*., n°2, 2003, p.1932. In giurisprudenza: Trib. Ravenna, 3-5-1999, in *Supp.rass.med.leg.prev.*, 2000, p.23-31; Corte di Assise di Brescia, 26 -10-2000, in *Foro it*., 2001, II, p.8; Cass. Sez. I pen., 8-9-2000, in *Riv.Pen*., 2000, p.1002; Cass. Sez. I pen., sent. n°30425 del 3-08-2001, Lucini, in R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale, Pt.Gen.*, Roma, 2009, p.744, e in *Cass.Pen*., 2003, p.1932; Cass. Sez. V^ pen., n°44712 del 1-12-2008, in R. GAROFOLI, *op.ult.cit*., p.748, secondo la quale: "*Risponde a titolo di dolo eventuale il soggetto sieropositivo che abbia ripetuti rapporti sessuali non protetti con il proprio partner quando risulti che fosse perfettamente a conoscenza del male dal quale era affetto e consapevole, altresì, della concreta possibilità di trasmettere il male al proprio compagno con il protrarsi della relazione sessuale senza dubitare della possibilità che avesse a determinarsi un esito letale*".

[18] R. RIZ, *Lineamenti di Diritto Penale, Parte Generale,* Padova, 2006, p.260, indica come il codice Rocco all'art. 554, comma 1° e 2°, abrogato dalla L. n°194/1978, facesse già riferimento all'infezione da sifilide o blenoraggia, descrivendo un atteggiamento psicologico dell'agente sostanzialmente corrispondente a quello in cui si ritiene oggi venga a costituire un'ipotesi di dolo eventuale.

[19] Su tale tema: C. MAINA, *La riqualificazione dell'elemento soggettivo smonta la tesi del "dissennato divertimento"*, in *Guida al dir*., 1996, n°41 p.55 a 62; G. AMATO, *Sassi "Killer": contro i lanci dai cavalcavia non servono nuove fattispecie di reato* in *Guida al dir*., n°5, 1997, p.124-126; G. PIETROPOLLI CHARMETT, *Il "gruppo" di adolescenti che lancia le pietre*, in *Dir.pen. e proc*., 1997, p.907 e ss; G. MORGANTE, *In tema di attentato alla sicurezza dei trasporti: limiti della disciplina attuale e prospettive di riforma*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1998, p.568 e ss. In giurisprudenza si segnalano in particolare la sentenza Cass. sez. I^ pen., n°19897-2003, secondo la quale il lancio dei sassi dal cavalcavia costituisce tentativo di omicidio, e la sentenza Cass. Sez. I pen., n°5436 del 11-2-2005, che ha definitivamente risolto la questione interpretativa statuendo che il lancio di sassi dal cavalcavia dell'autostrada costituisce un'azione sorretta da dolo diretto, o al più da dolo alternativo, e non già eventuale, con la conseguenza che essa integra gli estremi del delitto di tentato omicidio.

[20] In argomento: S. CANESTRARI, *La definizione legale del dolo, op.loc.ult.cit.*; S. ARDIZZONE, *Ai confini tra dolo eventuale colpa: un problematico discernimento a proposito di una fattispecie omissiva impropria*, in *Dir.fam. e per.*, 1987, p.635; G. RAYMONDI, *Considerazioni su colpa cosciente e dolo eventuale nei culti emergenti*, in *Giur. di mer*., 1987, pp.409-421; M. C. DEL RE, *Culti emergenti e diritto penale*, Napoli, 1982, *passim*.

[21] Sul punto si veda, quanto alle problematiche connesse al riconoscimento potenziale dell'imputazione a titolo di dolo eventuale: A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, in *Seminario Internazionale organizzato dal C.E.D., su "I reati informatici"*, Roma, 15-16 dicembre 2000.

nei delitti di bancarotta patrimoniale (fraudolenta e semplice);[22] il concorso dell'amministratore di società in fatti di bancarotta o di falso in bilancio imputabili ad altri soggetti dell'impresa[23], rappresentano solamente alcuni dei casi più noti e più frequenti.

Le diverse ricostruzioni prospettate vengono dunque continuamente chiamate a sottoporsi alla verifica della loro falsificabilità. Un esame in esito al quale, tuttavia, al momento della concretizzazione del giudizio, l'adozione del modello teorico di riferimento appare più spesso il frutto del conformismo e del necessario soddisfacimento di esigenze di natura politico-criminale[24], che non della critica e consapevole adesione allo schema concettuale ritenuto meglio rispondente all'impianto complessivo del codice penale e delle norme costituzionali alla luce delle quali lo stesso dovrebbe essere interpretato[25].

Così, in un continuo ciclico rigenerarsi, spesso sincretistico, di teorie, interpretazioni, ed applicazioni pratiche, si assiste con sempre maggiore frequenza a clamorosi *revirements*, anche nell'ambito giurisprudenziale[26]; contesto in cui, secondo una tendenza inversa a quella esistente sino a pochi anni addietro,[27] sembra verificarsi una sorta di fuga "in appello" in direzione della colpa con previsione.[28]

-2) <u>Verso un *tertium genus* di colpevolezza: responsabilità da rischio e riprovevolezza</u>.

---

[22] Per un utile approfondimento sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nel diritto penale dell'economia, si rinvia a S. CANESTRARI, *op.ult.cit.*, pp.258 ss., ed ampia bibliografia ivi citata, anche per l'approfondimento dell'elemento soggettivo del reato di bancarotta. Quanto all'elemento soggettivo dei reati societari e in materia di mercato finanziario si veda R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia, Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, 2^ed, Milano, 2008, *passim*.

[23] S. CANESTRARI, *op.loc.ult.cit*.

[24] Sul punto più ampiamente, *infra*: cap.3°, §7.

[25] Così cfr.: G. FORTE, *Dolo eventuale e colpa cosciente, tra divieto d'interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., p.19. Quanto alla interpretazione si rimanda a O. DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione retorica e Deontologia in diritto penale* in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2009, vol.XII°, pp.93 e ss; ID., *L' interpretazione nel diritto penale, tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

[26] Sul punto, R. GAROFOLI, *op.loc.cit.* p.744 e ss.

[27] Oggi, dunque, potrebbe essere sottoposta a revisione critica la sicurezza con cui pochi anni addietro si dichiarava sussistere la sostanziale unità di vedute tra dottrina e giurisprudenza nelle soluzione adottate nei casi concreti. Come ritenuto al contrario da A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (In tema di dolo eventuale, Dolus in re ipsa ed errore su legge penale)*, in *Cass.Pen.*,1991, pp.322 e ss. Nel nostro stesso senso F. CURI, *Tertium datur, op.cit.*, p.225.

[28] Così tra i casi più recenti: la sent. G.U.P., Roma del 20 novembre 2008, imp. Lucidi, in *Foro it*., n°7-8, 2009, p.414 ss, dove l'imputato è stato condannato in primo grado per omicidio volontario con dolo eventuale, derubricato in omicidio colposo dalla sent. Corte di Appello di Roma, 18 giugno 2009, inedita, imp. Lucidi.

Alla luce di quanto indicato non è pertanto casuale che il tema della differenziazione del dolo eventuale dalla colpa cosciente permanga il più tradizionale luogo di scontro e critica reciproca tra le contrapposte scuole di pensiero[29], e non manchino quanti abbiano maturato l'idea, in verità né recente né inedita[30], di risolvere la disputa con il semplice disconoscimento del dolo eventuale, in un'ottica orientata all'ammodernamento del sistema penale e al pragmatismo[31].

Tendenza, quest'ultima, resa oggetto di crescente attenzione da quella parte della dottrina[32] che, sulla scorta degli studi comparatistici[33], ha cominciato ad approfondire il tema dei contenuti riconducibili al concetto di "*riprovevolezza*"[34] chiedendosi se non sia giunto il momento di riconoscere l'opportunità (pratica e sistematica) che il legislatore, in osservanza del principio di legalità e ai suoi corollari della tassatività, della sufficiente determinatezza e della precisione[35], si risolva definitivamente ad introdurre un nuovo criterio di imputazione soggettiva del fatto al soggetto agente[36]. Un *tertium genus* nel quale vengano fatti confluire

---

[29] Cfr.: G. DE FRANCESCO, *La concezione del dolo in Francesco Carrara* in *Riv.it.dir.proc.pen*, 1988, p.1350.

[30] Ne negavano in radice l'esistenza tanto L. Von BAR, *Dolus eventualis? In Zeitschriift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1889, p.534 ss, già citato in S. PROSDOCMI, *Dolus eventualis. Op.cit.* p.3. Che A. ROCCO: *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*. vol.IV°, Parte 11^, Roma, 1929, pp.139 e ss. Punto sul quale si ritornerà ampiamente *infra*, cap.I°, §10.

[31] Sulla necessità che nel diritto dell'epoca di transizione sia da richiedersi un esame aggiornato della dimensione funzionale del diritto penale si veda: C. E. PALIERO, *op.loc.ult.cit.*, p.1222.

[32] Con opinioni non sempre coincidenti: S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit.* pp.98 ss; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.cit.*, p.279 ss., G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa, op.cit.* pp.276 s; G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo,colpa cosciente,colpa grave, op.cit.*, p.5028.

[33] Per il contributo più recente attinente alla comparazione tra il sistema penale inglese, francese, italiano e spagnolo, in riferimento alla responsabilità da rischio tra dolo e colpa si rinvia a F. CURI, *Tertium Datur, dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato,* Milano, 2003.

[34] La cosiddetta *Recklessness* dell'esperienza giuridica anglo-americana. Tema analizzato in particolare da S. CANESTRARI, *op.cit*., p.906 che a sua volta rimanda, in nota n°3, ad V. ANGIONI, *Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale,* in *AA. VV*., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola*, Torino, 1998, p.194; e ad A. MELCHIONDA, *Definizioni normative e riforma del codice penale (spunti per una rinnovata riflessione sul tema),* in *Omnis definitio in jure pericolosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 1996, p.428.

[35] Sul principio di precisione si veda: G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2004, pp.39 a 42, i quali ritengono che tale principio sia uno dei portati fondamentali della Sentenza della Corte Costituzionale n°364 del 24 marzo 1988. Sul medesimo tema: R. RAMPIONI, *Dalla parte degli "ingenui", Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza "creativa"*, Padova, 2007, pp.119 ss; A. MANNA, *Considerazioni in tema di abuso d'ufficio, op.cit*., p.770; D. PULITANO', *Diritto Penale*, 3^ed, Torino, 2009, p. 168 a 175 e, *quivi*, p.171.

[36] Per una proposta in tal senso: M. DONINI, *Teoria del reato, un introduzione*, 1996, Padova, p.329; F. CURI, *L'istituto della recklessess,* 1998, pp.1006 s.; e, in termini problematici V. ANGIONI, *op.loc.ult.cit.*, p.194; A. MELCHIONDA, *op.ult.cit*., p.428; G. FORTE, *Il dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità, op. e loc.cit., passim*; ID, *Ai confini tra dolo e colpa., op. e loc.cit.*, pp.276 ss, e da ultimo L.

tutti quegli stati psicologici in cui un individuo, nello svolgimento di attività rischiose, si assuma, con piena consapevolezza, il rischio di cagionare un evento concretamente preveduto, ma non voluto[37], con un atteggiamento psicologico di accettazione dell'evento potenziale, che si approssimi grandemente al disvalore di una piena volizione, senza tuttavia perfezionarla in senso autentico. In sostanza una presa di posizione della volontà corrispondente ad una scelta in favore dell'evento, un "*fiat"* che non costituisce il momento propulsivo della condotta, ma che viene pronunciato in concomitanza alla realizzazione della stessa, verso l'accettazione degli eventi ad essa potenzialmente conseguenti[38].

In alternativa si ritiene essere quantomeno necessario che il Parlamento si rassegni a definire esplicitamente il dolo eventuale la cui formalizzazione è tuttora estranea al nostro diritto positivo[39]. Tendenza in verità avvertita in tutti i recenti progetti di riforma pur rimasti nel limbo dei non nati[40].

EUSEBI, *Confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, p.1089, in nota n°102; per una critica sul punto V. CANESTRARI, *op.cit.*, pp.279 ss. S. CANESTRARI, *op. e .loc.cit*., 2001, pp.938 ss.; G. DE FRANCESCO, *Prospettive di riforma del sistema penale e nuove tipologie sanzionatorie*, Erice-Palermo, 18/21 novembre 1999, in *Indice penale*, 2000, p.1010.

37 Per puntuali riferimenti: F. CURI, *Tertium Datur*, *op.cit*. p.262.

38 Deve essere a tal fine evidenziato che l'indicazione del parametro di riferimento statistico-percentuale del *quantum* di rappresentazione dell'evento accettato nel suo pericolo di verificazione (più precisamente mera possibilità statistica in percentuale variabile dall'1% al 50%, o probabilità, dal 51% alla massima approssimazione alla certezza) dovrebbe essere necessariamente demandato al Legislatore, rappresentando un criterio di criminalizzazione idoneo a comprimere o ad ampliare l'ambito della responsabilità, e pertanto non demandabile alla discrezionalità degli interpreti. Per un approfondimento della tematica della volontà come scelta, nell'ottica dell'etica aristotelica, v. *infra*, cap.III°, §9.

39 Auspici di tal fatta sono rinvenibili già dal 1992. La proposta di "*formulare la proposta di dolo in maniera tale che essa sia comprensiva anche del dolo eventuale*" è, infatti, contenuta nell'articolo 12 dello schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale elaborato dal professore A. PAGLIARO, consultabile in *Documenti Giustizia*, 1992, n°3. Volendo per completezza indicare una tra le varie formulazioni proposte dalla più recente dottrina può citarsi tra i tanti S. PROSDOCIMI, *Voce reato doloso*, *op.cit.*, p.244, che sottolinea che, *de jure condendo*, qualora il legislatore decidesse di introdurre un'espressa definizione del dolo eventuale, la definizione potrebbe essere formulata nei seguenti termini: "*Si ha dolo eventuale allorquando l'accettazione del rischio di realizzare la fattispecie si traduce in deliberata accettazione del fatto, considerato quale potenziale prezzo di un risultato intenzionalmente perseguito*". Certo è che il problema che coinvolge la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente è un problema che sta molto caro al legislatore italiano; lo dimostra il fatto che uno dei progetti più recenti di riforma del codice penale, il cosiddetto "Progetto Grosso", (consultabile nella Relazione della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m., 1 ottobre 1998, in *Riv.it.dir.proc.pen*, 1999, p.603 ss.) pone come fulcro della riforma della colpevolezza dolosa proprio l'individuazione del concetto di dolo eventuale.

40 Si fa riferimento, in ordine cronologico: al *Progetto Pagliaro* (curato dalla Commissione ministeriale istituita in data 8-2-1988), *Progetto Riz* (elaborato dal Comitato per la riforma del codice penale istituito il 21-12-1994 nell'ambito della Commissione giustizia del Senato), *Progetto Grosso* (redatto dalla Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con decreto ministeriale del 1-10-1998), *Progetto Nordio* (elaborato dalla commissione istituita con il decreto ministeriale del 23-11-2001) e, da ultimo, il *Progetto Pisapia* (curato dalla commissione istituita con decreto interministeriale del 27 -7-2006 e integrata con altro decreto del 29-12-2006). Per l'analisi di come il dolo eventuale e la preterintenzione siano stati disciplinati nei diversi progetti di riforma si rinvia a M. CATERINI, *Il reato eccessivo*, *op.cit*., pp.350 e ss.

E' evidente, infatti, come quest'ultimo sia divenuto, oggi più che mai, una categoria di frontiera[41], in cui il pericolo di distorsioni in sede applicativa ha trasformato la contesa teorico-scientifica in una vera e propria disputa ideologica: tra coloro che lo vogliono conservare[42], e quanti sono contrari alla stessa sopravvivenza di una categoria dogmatica che sembra apportare più problemi teorici di quanti non riesca a risolverne nella sua utilizzazione pratica.

-3) <u>Dall'approccio dommatico all'approccio pratico. Una scelta di metodo: la separazione della dommatica dall'interpretazione del diritto positivo vigente</u>.

Abbandonando per un attimo le più classiche tematiche del dibattito dottrinale canonico, per porci in un'ottica di più immediata concretezza, va subito dato atto che, pur se argomento meno raffinato[43], l'investigazione afferente ai benefici materiali apportati del dolo eventuale non può essere ritenuta attività superflua. Al contrario appare l'unica idonea a verificare se gli asseriti vantaggi siano bilanciati ai rischi di strumentalizzazione e di scompaginamento del sistema penale cui esso sembra fisiologicamente prestarsi nel nostro ordinamento.

Inoltre poiché, come già detto, il dolo eventuale è un elemento soggettivo del reato di conio esclusivamente giurisprudenziale, ove si rilevasse superfluo o dannoso potrebbe essere facilmente espunto dal sistema penale[44] senza che ciò implichi la necessità d'interventi su

---

41 Così, G. DE FRANCESCO, *Una categoria di frontiera, op.ult.cit.,* p.1317. Di "*figura di confine*" parlava invece G. LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1990, p.1498.

42 La parte maggioritaria dalla manualistica appare tuttora orientata alla conservazione di tale particolare forma di dolo. Deve essere tuttavia sottolineato come ben pochi, al termine della *pars construens* della propria definizione di dolo eventuale, si siano poi soffermati sulla verifica della tenuta "pratica e concreta" della stessa approfondendo la reale utilità del suo mantenimento. Sono poi ancora meno coloro che argomentano diffusamente il perché ritenere tale conservazione utile e necessaria soffermandosi su di un raffronto tra costi e benefici.

43 S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.cit.,* p.280, Il quale, dato atto dell'esistenza di uno diffuso convincimento di come la dogmatica abbia fallito nel tentativo di distinguere il dolo eventuale dalla colpa cosciente e debba pertanto deporre un armamentario raffinato ma inefficace, ritiene tuttavia che la dogmatica possa ancora giocare il suo ruolo. In verità, non potendosi non dare atto del fallimento della dogmatica sotto il profilo pratico, non può che riconoscerle valenza nel solo ambito della speculazione scientifica e come substrato da dover considerare in ottica *de lege ferenda*. In una prospettiva volta ad orientare più il legislatore che non l'interprete. Sul punto anche F. CURI, *op.loc.ult.cit.*

44 Contra, G. DE FRANCESCO, *Una categoria di frontiera, op.cit.,* p.1317, il quale ritiene che *"... deve subito avvertirsi come la tematica del dolo eventuale non sia di quelle che si lasciano risolvere, sic et simpliciter, attraverso una specifica presa di posizione da parte del legislatore: vuoi nel senso di una scelta diretta ad escluderne la rilevanza, vuoi nel senso di una previsione normativa rivolta a caratterizzarlo e a 'definirlo' nei suoi connotati*". Ci si consenta tuttavia di rilevare che, qualora il legislatore dovesse decidere di espungere il dolo eventuale dal sistema penale definendone compiutamente i contenuti, difficilmente gli interpreti potrebbero aggirare l'ostacolo continuando a fare uso del relativo concetto. Il che è empiricamente dimostrabile con il

alcuna norma, ponendosi, semmai, la sola alternativa politico-criminale di specificare meglio il famoso *tertium genus*. Si tornerebbe altrimenti ad una più che legittima interpretazione testuale dell'art 43 c.p., per come era stato ideato da Arturo Rocco[45], il cui unico *vulnus* sarebbe quello di sanzionare a titolo di colpa con previsione delle condotte che, in forza dell'allarme sociale che destano, parrebbero meritare un *quantum* di pena più consistente[46]; *vulnus* che, in un sistema penale afflitto da un'inguaribile sindrome di ineffettività[47], non sembra poi essere un grave problema, essendo sempre preferibile punire un reo in una misura lievemente inferiore alla reale entità della propria colpevolezza, che mantenere nell'ordinamento un innegabile fonte di potenziali arbitri ed incertezze. L'allarme sociale sarebbe poi più semplicemente ed efficacemente contenibile con l'introduzione, di più elevate soglie edittali per le comminatorie relative alle fattispecie colpose più riprovevoli, come il legislatore sembra aver iniziato a fare, (a parte generale del c.p., invariata) con la L. n°125 del 2008 che, legiferando in materia di sicurezza stradale, ha introdotto modifiche negli art. 589 e 590 del c.p.[48]

---

semplice rinvio all'elemento soggettivo dell'abuso d'ufficio, e di tutti quegli altri reati in cui l'introduzione dell'avverbio "intenzionalmente", ha fatto venir meno, inequivocabilmente, tanto il dolo eventuale che quello diretto. Per la ricognizione delle principali fonti giurisprudenziali sul tema ci sia consentito un rinvio a P. SILVESTRE, Abuso *di ufficio e "violazione di norme di legge" per omesso controllo sull'amministrazione delle fonazioni ex art. 25 c.c. Tra "precetti negativi impliciti" e principio di legalità*, in *Giust.Pen*, n°4-2010 e, *quivi*, nota n°10.

[45] Vedi: *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol.IV°, parte 11^, verbale n°11, Roma, 1929, pp.131 -145, e *quivi*, in particolare, p.140. Più ampiamente, *infra*, cap.II°, §10.

[46] In tema, tuttavia, deve essere rilevato, come già fatto da F. CURI, *op.cit*., p.226, come, qualora il fatto fosse considerato doloso, la pena apparirebbe al contrario particolarmente severa e, dunque, ugualmente sproporzionata rispetto al caso concreto. Il che già da solo basterebbe a rendere sempre preferibile l'irrogazione di una pena sproporzionata in difetto, a titolo di colpa cosciente, che non l'inflizione di una pena sproporzionata in eccesso, a titolo di dolo eventuale: in virtù del principio di proporzione della pena e di un generale *favor* riconosciuto al reo al fine di facilitarne la rieducazione, come costituzionalmente previsto dall'art. 27, comma 3°, della Costituzione.

[47] In argomento: F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale, ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990; C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?* In *Riv.it.dir.proc.pen*., 1994, p.1250; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?* In *Riv.it.dir.proc.pen*., 1994, p.22; G. FIANDACA, *Il sistema penale tra utopia e disincanto*, in *Diritto penale alla svolta di fine millennio, Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola*, a cura di S. CANESTRARI, Torino, 1998; F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol.I°, Milano, 2000, p.63; M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in ID., *Alla ricerca di un disegno – Scritti sulle riforme in Italia*, Padova, 2003, p.165 e ss e, *quivi*, p.201 e s; R. RAMPIONI, *Dalla parte degli "ingenui". Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza creativa*, Padova, 2007, p, 109 ss.; G. ADINOLFI, *Limiti materiali della legalità penale ovvero la necessità di una politica criminale debole*, in *Derecho y Poder*, n°1, 2007, tratto dal sito: *http://Jurnal.transnacional.justice.com*., ed ampia bibliografia *ivi* citata; L. EUSEBI, *Ripensare le modalità di risposta ai reati traendo spunto da C. Eur.Dir. Uomo 19 Giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass.Pen*., n°12-2009, p.4938 e ss.

[48] In argomento: D. POTETTI, *I nuovi lineamenti dei reati di omicidio colposo e lesioni colpose, op.loc.cit.*

E' dunque necessario accertare se il dolo eventuale, quale concetto già più volte definito come una sorta di "*dogma al servizio della politica criminale*[49]" o un "*fantasma*"[50] evocato per coonestare la confusione dei piani tra il dolo e la colpa e l'equivoco tra la potenza e l'atto[51], possa essere ritenuto uno di quei ponti che è necessario bruciarsi alle spalle, per rinnovare il diritto penale su di un terreno in cui ha dimostrato, inequivocabilmente, di avere il fiato corto[52].

Tale interrogativo, seppur in forma celata ed indiretta, sembra essere stato vagliato anche dal legislatore. Questi, infatti, pur omettendo di metabolizzare gli aggiustamenti proposti dalla scienza penalistica per una più moderna ricostruzione dell'elemento psicologico del reato, ha poi moltiplicato, nella "*parte speciale*" del codice penale, le norme in cui ha ritenuto "cautelativamente" opportuno l'introduzione degli avverbi "intenzionalmente", "consapevolmente" *et similia*, con l'evidente fine di impedire la contestazione dei relativi reati a titolo di dolo eventuale.[53] Spesso proprio in ambiti, quali quelli del diritto penale societario e dell'economia[54], in cui la valutazione dei rischi sottesi alla condotta e la

---

[49] R. PANNAIN, *Manuale di Diritto penale, Pt. Gen*., Torino, 1976, p.435.

[50] Già definito tale da L. Von BAR. *Dolus Eventualis*? *op.loc.ult.cit.*

[51] Cosi: C. PREDAZZI, *Il tramonto del dolo* in *Riv.it.dir.proc.pen.,* 2000, p.1266.

[52] Tematica generale già affrontata da C. E. PALIERO, *op.ult.cit*., pp. 1220 ss.

[53] Tendenza inaugurata, con la modifica della disciplina del delitto di abuso di ufficio *ex* art.323 c.p., realizzata con l'art.1 della Legge n°234 del 16 luglio 1997. L'introduzione dell'avverbio "intenzionalmente", infatti, fu adottata con il fine di restringe *ope legis* l'area del dolo alla sola forma più intensa del dolo intenzionale, escludendo a priori dal fatto di reato le condotte criminose finalisticamente orientate a cagionare un evento differente da quello tipico. Si volle così escludere tanto il dolo eventuale che quello diretto in maniera tale che la divergenza tra voluto e realizzato escludesse la configurabilità del reato. In tal senso anche Cass. Pen. sez.VI^, n°217558-2000, e n°226040-2003, in *Commentario breve al Codice Penale*, a cura di A. CRESPI - F. STELLA - G. ZUCCALÀ, Padova, 2008, p.1041. Sul punto, tra i tanti, A. MANNA, *Considerazioni in tema di abuso d'ufficio,* in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 2007, vol.III°, p.770.

[54] Secondo la dottrina (E. MUSCO – con la collaborazione di M. N. MASULLO – *I nuovi reati societari*, 3^ed, Milano, 2007; e R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia, op.cit*.) sono formulati in modo da escludere la configurabilità del dolo eventuale i reati di: *false comunicazioni sociali ex artt*. 2621 e 2622 c.c., (Artt. prima sostituiti *ex* d.lgs. 11-4-2002, n°61 e successivamente nuovamente modificati *ex* L.262 del 28-12-2005; *Il falso delle società di revisione ex art.* 2624 c.c.; il delitto di *ostacolo alle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza ex art*. 2638, comma 2°, c.c.; *il reato di infedeltà patrimoniale ex art*. 2634 (sostituito *ex* d.lgs. 11-4-2002, n°61); *Il falso in prospetto* disciplinato dall'art. 173-bis, d.lgs. 24 febbraio 1998, n°58. Nella maggior parte degli altri reati per i quali è ritenuto sufficiente il dolo generico, inoltre, anche dove il dolo eventuale sarebbe astrattamente configurabile, vi è tuttavia da rilevare come ad escludere la configurabilità del dolo eventuale possa essere sia la peculiare configurazione della condotta sia l'espressa previsione di un peculiare dolo specifico che escluda in *nuce* che l'evento *de quo* possa essere accettato quale rischio. Giova tuttavia specificare come il dolo specifico non possa ritenersi in contrasto ontologico con il dolo eventuale come correttamente rilevato da E. GALLO, *Appunti di Diritto Penale,* vol.II°, parte2^, con la collaborazione di M. Anisano, Torino, 2001, p.127, il quale adotta l'esempio del furto. La dove, al contrario, non può escludersi la configurabilità del dolo eventuale è nel reato di *infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità ex art. 2635 c.c*. fattispecie che, proprio per questo, ha allarmato parte della dottrina circa le possibili conseguenze di tale opzione legislativa come rilevato da P. ALDOVRANDI, *Art.2635 c.c.,* in AA.VV., *I reati societari*

comparazione tra costi sociali e benefici personali della stessa si dovrebbe ritenere maggiormente fisiologica, se non addirittura certa.

Anche sul versante legislativo, pertanto, sembra essere emerso il timore, o quantomeno il sospetto, che lo strumento del dolo eventuale possa prestarsi con particolare flessibilità a pericolose strumentalizzazioni, e che queste possano essere volte a mascherare sotto il *nomen juris* di dolo delle vere e proprie forme colpa o, peggio ancora, di responsabilità oggettiva da *versari in re illicita*. Flessibilità che rende possibile incriminare l'agente dell'evento più grave (e quindi maggiormente sanzionato) di cui si ritiene abbia accettato il rischio, anziché limitarsi a sanzionare ciò che è stato da questi realmente voluto, con particolare profitto in tutti quei casi in cui l'opportunità politico-mediatica del contingente, o qualsiasi altra esigenza sembri richiederlo.

Appare pertanto necessario ripercorrere l'evoluzione di un concetto così potenzialmente pericoloso: per cercarne l'origine, la *ratio* primigenia, e con essa il fine implicito, verificandone all'esito la compatibilità con il diritto positivo vigente. Quanto all'accezione del dolo eventuale nell'uso concreto che se fa nel nostro sistema penale è invece opportuno partire dai fondamenti, (da assumersi, ovviamente, in chiave costituzionalmente orientata) del codice del 1930 e dai presupposti dell'Ordinamento Repubblicano, per evidenziare come molte stratificazioni concettuali si siano realizzate, soprattutto in epoche più recenti, mediante l'importazione nell'interpretazione del nostro sistema normativo di concetti nati nel differente sistema tedesco[55] dove non sono espressamente definiti né il dolo né la colpa.

Ci pare pertanto tuttora attuale il monito di Dario Santamaria che ben 50 anni or sono aveva avvertito di come "*l'influenza esercitata dagli schemi mentali della tradizione"* impedisca *"di delineare una nozione di dolo nei termini corrispondenti alla disciplina prescritta dal diritto positivo vigente*", minacciando l'opera di chiarificazione del dolo e con essa la corretta interpretazione del diritto. Autore il quale aveva altresì riconosciuto che quella di voler ricavare degli elementi utili per la strutturazione di un istituto giuridico dalle determinazioni concettuali di una dogmatica costruita con i canoni della logica formale, è una tentazione sempre viva, ma che: "*porta inevitabilmente ad alterare i risultati della ricerca ermeneutica*" [56]. Ribadendo così l'opportunità di tener necessariamente distinte e separate la

(*Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005, n°262 sulla tutela del risparmio*) p.220. *Idem* dicasi per il delitto di *omessa comunicazione del conflitto di interessi* ex art. 2629-bis c.c.

[55] Per una visione d'insieme del concetto di dolo, colpa e colpevolezza nel diritto penale tedesco, in cui, non essendovi una definizione normativa, il concetto dogmatico del dolo eventuale come "accettazione del rischio" non entra in collisione con il diritto positivo si veda: G. FORNASARI: *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, ed in particolare pp.177 ss; pp.215 ss; pp.307 ss.

[56] D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo*, Napoli, 1961, p.5.

dommatica, come speculazione scientifica, anche creatrice, che deve formare ed orientare il legislatore verso una migliore concretizzazione dei fini che questi intende democraticamente perseguire, dall'interpretazione di ciò che il legislatore ha prodotto positivizandolo nell'ordinamento.

Quella dell'interprete del diritto è, infatti, un'attività che si approssima considerevolmente a quella dello storico, avendo ad oggetto la ricostruzione di un dato che è già concretamente presente nella realtà fenomenica e giuridica e che non deve essere di volta in volta creato o ideato *ex novo*, ma semplicemente ricostruito in base ai dati oggettivamente presenti nell'ordinamento e alla *voluntas legislatoris*. Nella valutazione di qualsivoglia dottrina giuridica, pertanto, allo studioso del diritto non è consentito prescindere dalle norme positivizzate nel sistema normativo che analizza, se non vuole perdere l'intimo significato della dottrina che studia; al contrario, invece, ciò è consentito al dogmatico[57] e anzi ne rappresenta il *modus operandi* per eccellenza, essendo assimilabile allo *scire per ultimas causas* che caratterizza l'*animus* del filosofo.

Tenteremo dunque di fare proprio il criterio metodologico adottato dall'illustre Maestro separando i due momenti nell'indagine sul dolo eventuale per sciogliere le sovrapposizioni della dommatica sull'interpretazione del diritto positivo vigente, come creato dal legislatore e dal costituente, depurandolo dalle contaminazioni concettuali che ne hanno nascosto il vero volto.

Essenziale in tale itinerario è l'analisi storica dell'evoluzione del concetto volta ad evidenziare in particolar modo come il dolo eventuale abbia avuto la sua origine dalla necessità di accertamento probatorio che sempre ha caratterizzato e caratterizzerà il dover provare materialmente un elemento soggettivo afferente al foro interiore dell'essere umano.

---

[57] Cfr: G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Annuario dell'Università Cattolica del Sacro Cuore*, 1932, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol.I°, Milano, 1976, p.349.

CAPITOLO I°

CAPITOLO I°

L'EVOLUZIONE STORICO-CONCETTUALE DEL DOLO.

LO SVILUPPO DEL DOLO EVENTUALE

SOMMARIO: -1) Le origini concettuali del dolo e la pangea del non voluto. -2) Il dolo nel diritto penale romano. La lex Numae e la lex Cornelia. L'elemento intellettivo, l'elemento volitivo e l'animus. - 3) I punti fermi sul dolo nel diritto romano - 4) Il significato storico-scientifico delle fonti romane per lo sviluppo dommatico del concetto di dolo moderno. - 5) Il diritto canonico e lo sviluppo del soggettivismo nel pensiero teologico del basso medioevo. Il pensiero di S. Tommaso D'Aquino. - 6) Il dolo nel diritto Canonico e la teoria del versari in re illicita. -7) La semplificazione nell'accertamento processuale: nascita del dolus praesumptus, il dolus generalis, la doctrina Bartoli e la voluntas indirecta ed il dolus eventualis. - 8) La dottrina tedesca: la teoria del dolo indiretto di Carpzov, la praesumptio doli di Feruerbach, il dolus in re ipsa di Weber. - 9) Gli scontri dottrinali del tardo Ottocento: Scuola Classica e Scuola Positiva; teoria della volontà e teoria della rappresentazione. - 10) La soluzione sincretistica adottata da Rocco nell'orizzonte tecnico-giuridico e il mancato recepimento del dato testuale del nuovo codice. - 11) Retroterra filosofico: il passaggio dall'etica dell'intenzione all'etica della responsabilità, e gli influssi di tale cambiamento sul concetto di colpevolezza. L'avvento del rischio come orizzonte totalizzante del diritto penale contemporaneo.

- 1) <u>Le origini concettuali del dolo e la pangea del non voluto.</u>

La nozione del dolo elaborata nel diritto romano costituisce la base da cui prendere le mosse per ripercorrere brevemente l'evoluzione del concetto e verificare da dove abbia tratto origine e come sia pervenuto alla sua attuale configurazione[58]. E' da esso, infatti, che si è sviluppato quello che è oggi considerato, anche nell'art.42 del codice penale italiano, il normale titolo di imputazione soggettiva del moderno diritto penale[59] e nell'*iter* storico del

[58] Tra i più recenti contributi sul tema si rinvia a: M. CATERINI, *Il reato eccessivo, La preterintenzione dal versari in re illicita al dolo eventuale*, Napoli, 2008.; G. P. DEMURO, *Alle origini del concetto di dolo: dall'etica di Aristotele al diritto romano* in *Diritto@Storia, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, quaderno n°5, 2006, sul sito www.dirittoestoria.it; ID, *Prologomeni storici allo studio del dolo*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2006. Tra i testi meno recenti si veda: G. GROSSO, *Storia del diritto romano*, V^ed, Torino, 1965.

[59] Cfr. H. H. JESCHECK – T. WEIGEND, *Lenhrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 1996, p.292. In Italia, su posizioni similari: G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Annuario*

suo progredire, non è raro rinvenire tracce di problematiche tuttora irrisolte ed attuali quale quella della determinazione dei confini rispetto alla colpa.

Il *dolus* affonda le proprie radici nella civiltà greca, essendo il diretto portato, se non addirittura la riuscita trasposizione in campo giuridico[60], della concezione etico-filosofica della responsabilità, avente nell'*Etica Nicomachea* di Aristotele e nelle *Leggi* di Platone la sua fonte primigenia. Nelle opere di tali filosofi[61], infatti, si rinvengono non solo le definizioni di volontarietà ed involontarietà, ma anche i primi approfondimenti della tematica dell'errore e preziosi riferimenti al tema della colpevolezza concepita sostanzialmente come "*scelta*"[62] in direzione di una condotta[63] connotata da quello che oggi definiremmo un disvalore penalistico. Tali concetti avrebbero successivamente costituito le basi del pensiero tomistico[64] sul quale si sarebbe evoluta la filosofia cristiana cui si deve, (attraverso le approfondite elaborazioni realizzate dalla canonistica medievale, dai postglossatori[65] e dal giusnaturalismo settecentesco[66]) lo sviluppo di quel concetto di colpevolezza che, pur modificandosi nel tempo, continua a permeare il pensiero giuridico moderno[67].

---

dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, 1932, oggi in *Diritto penale. Raccolta degli scritti,* vol.I°, Milano 1976, p.436 ss.

60 A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts. In vergleichend-historischer und dogmatische Darstellung*, Leipzig 1895. Già citato in G. P. DEMURO, *Alle origini, op.cit.*, p.15.

61 Quanto alle opere di Platone si fa in particolare modo riferimento alle *Leggi*, in cui, più considerevolmente di quanto contenuto nella *Repubblica* e nel *Fedro*, il filosofo racchiude l'ultima espressione del suo pensiero politico. In argomento: L. STRAUSS, *Le leggi di Platone: trama ed argomentazione*, cura di C. Altimi Soveria Mormelli, 2006, trad. it., A. S. Caridi dall'edizione originale: *The Argoument and the Action of Plato's "Laws",* Chigago, 1975. Le principale opere aristoteliche in riferimento al nostro oggetto di analisi sono invece da individuarsi negli *Analitici Posteriori* e nell'*Etica Nicomachea,* per la lettura della quale si rinvia a "*I classici del pensiero*", vol.IV°, Roma-Bari, 2008, trad.it. a cura di A. Pliber; G. REALE, *Storia della filosofia greca e romana*, vol.IV°, *Aristotele ed il primo peripato*, Milano, 2004, p.189; Per una visione d'insieme della filosofia Greca si rinvia a N. ABBAGNANO, *Storia della filosofia*,vol.I°, *La filosofia antica*, V^ed., Torino, 1993; Per l'approfondimento del pensiero platonico ed aristotelico in relazione al dolo si rinvia a G. P. DEMURO, *Alle origini, op.cit.*, pp. 4 e 5.

62 Sul tema: G. P. DEMURO, *Prologomeni, op.cit.*, p.1413; ID, *Alle origini, op.loc.cit.*, §4, pp.11 a 15. Sul punto vedi *infra*, cap.3°§8.

63 E'importante sottolineare come il dolo tragga origine solamente in riferimento alla volizione della condotta attiva a prescindere dalla volizione dell'evento ad essa connesso. Nei sistemi penalistici primordiali si distingueva solamente tra voluto e non voluto e l'oggetto della volizione era la sola condotta attiva. L'evento non era oggetto di analisi separata. Voluta la condotta era considerato voluto tutto ciò che vi consegue come portato della causalità materiale o addirittura dell'occasionalità.

64 Sul punto vedi, *infra*: §4.

65 Si veda in argomento: A. CAMPITELLI, *Europenses, Presupposti storici e genesi del diritto comune*, Bari, 1995, in particolare pp.145 e ss.

66 Il giusnaturalismo, come dottrina, è la trasposizione nel mondo giuridico di quel preminente interesse per l'uomo in quanto cardine dalla intera vita sociale che aveva caratterizzato il mondo rinascimentale determinando la riforma protestante. Si suole considerare il fondatore della scuola del diritto naturale il Grotio per la sua

Anche se recenti studi storico-giuridici sono tornati ad evidenziare come la tematica del cosi detto "*reato eccessivo*"[68] e della divergenza tra il voluto ed il realizzato[69], presentino tracce rinvenibili sin già nelle scarne fonti normative Ittite e Sumere e nella legge ebraica[70], è dunque nella filosofia ellenica e nella protostoria del diritto greco sull'omicidio[71] che ebbe inizio lo studio scientifico-filosofico[72] volto ad approfondire per la prima volta i concetti di

---

affermazione che esiste un ordine naturale creato dalla razionalità umana, valido di per se quale che sia la fede, la nazionalità e le idee di ogni uomo. La profonda differenziazione che il Grotio avrebbe tracciato tra diritto naturale e diritto divino sarebbe stata approfondita dai successori, Hobbes, Spinoza, Locke, che ancora più nettamente separarono il diritto dalla morale. La dottrina ebbe una grande importanza, specialmente politica: Per Grotio lo Stato e l'intero ordinamento riposava rispetto della massima *pacta sunt servanda*, sia con allusione ai rapporti tra uomo e uomo sia nei rapporti tra sudditi e principe. La vecchia dottrina del trasferimento dei poteri dal popolo al sovrano mediante una *lex regia de imperio,* trovava nuovo vigore e serviva a porre le premesse per una limitazione dei poteri dello Stato. Considerato che ogni uomo nasce libero e dotato di diritti che sono connaturali alla sua natura di essere razionale, diritti naturali ai quali solo egli stesso può in arte rinunziare, perché rinunziarvi significherebbe rinunziare alla propria razionalità, ne derivava la conseguenza che lo Stato non avrebbe potuto o dovuto contrastare il libero esercizio di tali diritti. Le conclusioni di Grotio furono in parte modificate dai successori: per Hobbes il contratto con il quale gli uomini passano dallo stato di natura allo stato sociale aveva carattere di rinuncia definitiva a favore dello Stato; la dottrina era svolta in chiave assolutistica accettandone quella che era la premessa prima: la desacralizzazione del diritto, ma distorcendola a finalità diverse, alla finalità cioè della rimozione dell'ostacolo che il diritto divino aveva in qualche modo rappresentato al dilagante assolutismo statale. Per Spinoza lo Stato doveva rappresentare l'attuazione della ragione nei confronti del mondo dominato dalle passioni; per Locke il rispetto e la garanzia dei diritti umani è il metro di valutazione della giustizia e legittimità dei poteri; per Pufendorf la socialità del diritto porta alla necessità di uno Stato assolutistico ma illuminato; per Tomasio, ultimo pensatore della scuola, i diritti naturali sono suscettibili di una precisa qualificazione giacche si tratta non di diritti astratti, ma di concrete manifestazioni dalla vita spirituale e culturale degli uomini che dovrebbero sfociare nella libertà di pensiero, di coscienza e di fede. Principale tra i difetti della Scuola fu l'indulgenza all'astrattismo, la considerazione di una natura umana uguale ovunque e sempre, immutabile, tale che identificatene le regole esse siano indifferentemente applicabili ad ogni popolazioni con risultati ugualmente felici.

[67] Anche l'idea di colpevolezza è stata dunque da sempre influenzata dal retroterra filosofico di riferimento, e oggi si è sostanzialmente transitati da un'etica dell'intenzione di ascendenza aristotelica ad una etica della responsabilità di matrice weberiana e popperiana, che sembra permeare con intensità crescente l'orizzonte penalistico. In argomento D. PULITANO', *La politica e le riforme*, in *Atti del convegno "Gli 80 anni del Codice Rocco"*, Bologna, 12-20 Marzo 2010, testo provvisorio, p.15. Più ampiamente, *infra*, cap. I°, §11, p. 78 e ss.

[68] Espressione coniata da F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, vol.I°, Milano, 1943, p.184, e recentemente ripresa da: M. CATERINI, *Il reato eccessivo, op.loc.ult.cit*.

[69] Cfr: M. TRAPANI, *la divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Milano, 1992; G. BECCARI, *La conseguenza non voluta*, Milano, 1963.

[70] Sul punto: F. IMPARATI, *Le leggi ittite*, Roma, 1964; C. SAPORETTI, *Antiche leggi. I "codici" del vicino Oriente Antico*, Milano, 1998, ed ampia bibliografia *ivi* citata; E. CANTARELLA, *Diritto romano e diritti orientali*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, 2004; M. CATERINI, *Il reato eccessivo, op.loc.cit.*, pp. 11-15; F. LUCREZI, *L'uccisione dello schiavo in diritto ebraico e romano*, Torino, 2001.

[71] Si fa riferimento alla legislazione di Draconte ed alle più risalenti orazioni di Antifone databili tra il 480 ed il 411 a.c., che nelle sue tetralogie distingue tra omicidio volontario, colposo e dovuto al caso. Sul tema, cfr: E. CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano, 1979; ID, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1970; ID, *"Moicheia" e omicidio legittimo in diritto antico* in *Labeo*, 18, 1972, p.78 e ss; A. BISCARDI – E. CANTARELLA, *Profili di diritto greco antico*, II^ed., Milano, 1974; G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, II^ed., Torino, 1900, pp. 243-245.

[72] Uno studio da allora ininterrotto e indissolubilmente connesso con il diritto penale sia per quanto riguarda il concetto di volontà e di colpevolezza, sia in riferimento al concetto di giustizia, in approfondimento del quale si

volontarietà ed involontarietà dell'agire umano; con l'intento di discernere con maggior precisione quali condotte potessero dare luogo all'affermazione della responsabilità penale e quali, al contrario, fossero tali da poter giustificare solamente rimedi di tipo risarcitorio.

In tale contesto, soprattutto ai primordi, non fu la nozione di volontarietà ad essere approfondita quanto, piuttosto, quella del suo omologo negativo. All'interno dell'involontarietà furono comprese, spesso indistintamente, situazioni che i moderni avrebbero ricondotto a fenomeni giuridici aggi considerati diversificabili già a partire dal profilo ontologico. Vi erano infatti accomunate: cause di esclusione della coscienza e della volontà, quali il caso fortuito e la forza maggiore; cause di esclusione del dolo, quali l'errore e l'ignoranza; cause di esclusione della colpevolezza, quali, l'incapacità di intendere e volere; e cause di esclusione della antigiuridicità, quali lo stato di necessità e la legittima difesa. Era ritenuta involontaria anche la condotta imprudente e pertanto l'odierno elemento soggettivo della colpa non era reso oggetto di alcuna considerazione quale forma autonoma di responsabilità penale, rientrando genericamente nel *casus*[73]. Agli albori del diritto penale, dunque, accanto al dolo quale azione volontaria e, dunque, come volontarietà della sola condotta[74], senza che di alcuna considerazione fosse reso oggetto l'effettiva volizione dell'evento conseguente, vi era una sorta di pangea di concetti giuridici eterogenei nella quale si presentavano fusi assieme una pluralità di fenomeni accomunati dal fatto che l'agire che li estrinsecava non si potesse ritenere autenticamente voluto.

Il pensiero greco, partendo da una visione della responsabilità legata alla mera causalità materiale o addirittura all'occasionalità, come tutti i sistemi normativi penalistici dell'antichità, si sarebbe evoluto verso modelli sempre più sensibili all'elemento soggettivo del reato, pur adottando uno schema di riferimento che sarebbe rimasto lungamente fondato sul risultato dell'azione.[75] Esso, tuttavia, avrebbe colto i sui frutti più maturi in ambito giuridico solamente con la successiva contaminazione evolutiva con il pensiero latino, in cui il raffinato spirito speculativo della filosofia ellenica si sarebbe coniugato con il pragmatismo dei romani e la loro considerevole sensibilità giuridica.

---

rinvia a AA.VV., *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, a cura di S. MAFFETTONE e S. VECA, Torino-Bari, 1997.

73 Ancora: G. P. DEMURO, *Alle origini*, *op.cit*. p.2; ID, *Prologomeni*, *op.cit*., p.1412, ed *ivi* nota n°8.

74 Vedi, *supra*, nota n°6, p. 20

75 E. CANTARELLA, *Norma e sanzione*, *op.cit*. p.259. ID, *Studi sull'omicidio, op.loc.ult.cit.*

- 2) <u>Il dolo nel diritto penale romano. La *lex Numae* e la *lex Cornelia*. L'elemento intellettivo, l'elemento volitivo e l'*animus*.</u>

Nell'età più antica il rilievo limitato della legislazione penalistica e l'ampiezza della discrezionalità del potere magistratuale si riflettevano sulla concezione che i Romani avevano del diritto punitivo impedendo che esso assurgesse a vera autonomia[76]. Mentre il diritto privato meritava appieno il nome di *ius*[77], per la materia penale ci si trovava di fronte a un complesso di atti repressivi disorganici e non di istituti derivanti da una specifica elaborazione dottrinale o connotati da autonomia tecnica[78].

Nonostante tali consistenti limiti è comunque possibile indagare la rilevanza che i Romani attribuirono all'elemento soggettivo, perlomeno con riferimento al delitto di omicidio. Questo, infatti, è l'unico contesto in cui sono individuabili parametri soggettivi corrispondenti al dolo ed alla colpa dato che altri illeciti contro l'integrità fisica della persona quali il *membrum ruptum* o l'*os fractum*, rilevavano esclusivamente sul piano oggettivo, mentre altri ancora, quali il *furtum* e il *malum carmen incantare*, non potevano che essere volontari essendo ontologicamente incompatibili, oggi come allora, con una condotta negligente, imprudente o imperita[79].

Il più antico diritto penale romano fu dominato dalla cosiddetta *lex Numae*, il cui celebre precetto era: "*si quis hominem liberum dolo sciens morti duit paricidas esto*"[80]. Questa disposizione, – come altre del più antico diritto romano – trova un precedente nel mondo greco nella legge di Draconte, che distingueva, tra omicidio volontario (*Φόνος*

---

[76] Per un approfondimento sul tema del diritto e del processo penale nel sistema delle *quaestiones perpetuae* si vedano: U. BRASIELLO, *La repressione penale*, in *Diritto Romano*, Napoli, 1937; P. De FRANCISCI, *Sintesi del Diritto Romano*, 3^ed, revisionata da F. CANCELLI, Roma, 1968, p.485 e ss; sulla *cognitio extra ordinem*: pp. 494 e ss; G. PUGLIESE, *Il diritto criminale Romano*, in *Guida allo studio dell'antichità classica*, a cura di ARNALDI e USSANI, Milano, 1963; L. MONACO, *Cenni di Diritto penale Romano*, appendice a G. FRANCOSI, *Manuale di Storia del Diritto Romano*, Napoli, 2005, *passim.*

[77] Ancora P. De FRANCISCI, *op.loc.ult.cit*., p.373 e ss.

[78] Cfr: C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, pp.14-15. Per il diritto penale strettamente inteso – afferma l'Autore - non si può pertanto parlare di giurisdizione: anche nei casi in cui il magistrato amministra la giustizia da solo (*coercitio*), egli non pone in essere una regola di diritto (come invece avviene nelle questioni private), ma una sanzione (o una assoluzione); quando poi è il *populus* a decidere, è ancora più difficile parlare di *ius dicere*, perché la sua non è una pronuncia formale e solenne, ma una votazione. Lo stesso Autore ritiene peraltro – in contrasto con l'impostazione dominante in dottrina – che il profilo penalistico avrebbe raggiunto, a un certo punto dello sviluppo storico, autonomia scientifica: ciò sarebbe avvenuto verso la fine della repubblica, quando l'istituzione delle *quaestiones perpetuae* testimonierebbe come il diritto penale si stesse avviando in direzione di una certa autonomia. Sugli inizi della repressione criminale, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, II^ed., Milano 1998, pp.1 ss.

[79] C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, *op.cit*., pp.66-67; G. PUGLIESE, *op.loc.ult.cit*., p. 62.

[80] Ancora: C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, *op.cit*., pp.64 ss.

εκούσιος) e omicidio involontario (*Φόνος ακούσιος*)[81]. La norma romana, attribuita a Numa, imponeva ai congiunti della vittima di uccidere (o far uccidere) l'omicida, magari assicurato alla "giustizia" e messo a loro disposizione dalla comunità[82]: tutto ciò allo scopo di impedire, come nella omologa legislazione ellenica, che nella situazione di impurità derivante dal sangue versato, essi si accontentassero della composizione pecuniaria[83]. La complementare statuizione sull'omicidio colposo "*si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem*" imponeva invece all'autore del crimine di consegnare, alla presenza del popolo, un ariete ai parenti dell'ucciso, affinché questo fosse sacrificato in sua vece. Secondo la tradizione un'eco della regolamentazione sacrale[84] dell'omicidio colposo si troverebbe anche nelle dodici tavole[85], con ciò confermando, a contrario, il regime dell'omicidio doloso[86].

La distinzione numana rileva in primo luogo sotto il profilo della repressione criminale, perché apre la strada all'avocazione allo "Stato" della persecuzione dell'omicidio e al superamento quindi della vendetta con una pena pubblica[87]. Pena "pubblica", con

---

[81] B. SANTALUCIA, *Diritto e processo, op.loc.cit.*, p.14.

[82] In tal senso: V. GIUFFRE', *La repressione criminale nell'esperienza romana,* Napoli, 1998, p.12.

[83] B. SANTALUCIA, *Diritto e processo, op.cit.,* p.15. Secondo A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts, op.cit.,* p.66, l'originario sviluppo del diritto romano nel campo della colpevolezza ha luogo sotto la spinta del diritto sacrale.

[84] A. LÖFFLER., *Die Schuldformen des Strafrechts, op.cit.,* p.54. L'intervento di fattori religiosi – come ipotizzato da Löffler – non deve fare pensare che questi già non dominino nella fase primordiale, in cui vige il semplice potere privato di vendicare l'offesa. Tutto è sacro, nella sfera privata e in quella pubblica. Le regole di condotta sono dettate dalla religione: la distinzione tra diritto e religione non appartiene alle culture giuridiche antiche. La svolta epocale nella storia del diritto penale moderno è segnata proprio dalla sua secolarizzazione, cioè dal passaggio dall'equazione "*reato = peccato*" all'equazione "*reato = fatto dannoso per la società*". Questa svolta, preparata dall'opera pionieristica dei giusnaturalisti, che caldeggiano uno Stato secolarizzato, guardiano della pace esteriore, viene consolidata dall'Illuminismo. É grande merito di Cesare Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, edizione a cura di Franco Venturi, Milano, 1991, che riproduce la quinta edizione, detta di Harlem, 1766), avere integralmente distinto il concetto di delitto da quello di peccato. Sulla secolarizzazione del diritto penale, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale,* 1, Milano, 2001, III ed., p.429 ss. Sulla connessione, esistente fin dai primordi, tra ermeneutica giuridica e teologica, G. DAHM, *Zur Rezeption des romisch-italienischen Strafrechts,* Darmstadt, 1955, p.28.; R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa,* Napoli, 1996. Secondo A. PERTILE, *Storia del diritto italiano,* 2^ed., vol.V (*Storia del diritto penale*), rist. anast. Bologna, 1966, p.1, «*Due sentimenti connaturali all'uomo formarono la base del diritto penale nella prima età d'ogni popolo: il sentimento della vendetta e quello dell'espiazione*».

[85] Sul tema: M. MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*, 1994, Firenze, *passim*, ed in particolare pp.37 e ss.

[86] A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts, op.cit.*, p.64, ritiene che la bipartizione dell'omicidio in doloso e non doloso – posta da queste antiche leggi – risponda a uno stadio di sviluppo del diritto penale comune anche agli altri popoli.

[87] Ancora A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts, op.cit.,* p.60-61; G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio, op.cit.*, pp.245-246.

significato di espiazione religiosa, è anche quella riservata all'omicidio colposo, dato che la consegna dell'ariete avviene alla presenza del popolo. In entrambi i reati è dunque il coinvolgimento della comunità ad attribuire il carattere di pubblicità alla sanzione. In secondo luogo, sotto il profilo sostanziale, la rilevanza attribuita all'elemento soggettivo significa il superamento dell'arbitrio prima vigente, quando cioè la vendetta dei familiari veniva esercitata indiscriminatamente, anche in caso di omicidio colposo, preterintenzionale o "legittimo"[88].

Nonostante sul significato storico della *lex numae* non ci sia sostanziale accordo tra gli studiosi della romanistica[89], ciò che rileva maggiormente ai nostri fini è che la terminologia utilizzata per indicare la volontà dolosa (*sciens, sciens prudensque, sciens dolo malo*) induce a concludere che venisse preso in considerazione solo quello che oggi definiremmo il momento conoscitivo della condotta[90], senza che fosse attribuito alcun rilievo alla considerazione dell'elemento volitivo in riferimento all'evento prodotto dell'agente[91]. Pur con le limitazioni

[88] C. GIOFFREDI C., *I principi del diritto penale romano*, *op.cit*., p.65. Questo non significa peraltro l'abbandono del diritto di vendetta, ancora presente in tarda epoca repubblicana, in particolare nei confronti di adulteri e ladri scoperti in flagranza.

[89] Cosi: G. P. DEMURO, *Prologomeni*, *op.cit.*, p.1414, ed *ivi*, in nota n°19, rinvio a C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, *op.cit.*, pp. 64 e ss. Riguardo alla possibilità di individuare categorie sistematiche nel diritto penale romano, secondo F. ZUCCOTTI, *«Furor» e «eterodossia» come categorie sistematiche della repressione criminale romana,* in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano,* p.276, non sembra potersi utilmente negare che il diritto penale romano, pur nella sua spiccata contingenza fattuale e nella pressoché caratteristica assenza di precise teorizzazioni costruttive, potesse tuttavia strutturarsi implicitamente secondo alcune "categorie sistematiche", intendendole quantomeno come schemi classificatori mediante i quali la mentalità antica individuava e provvedeva a impedire determinati comportamenti ritenuti illeciti. L'Autore ritiene peraltro (p.281-282) che nel campo dell'ordinamento criminalistico romano sembra quasi mancare qualunque virtuale comunanza di concetti costruttivi che permetta di collocare gli istituti repressivi antichi nei possibili quadri classificatori propri della sistematica del diritto penale moderno. Sul tema ancora C. GIOFFREDI *op.cit*., p.26-27, per il quale i giuristi romani conoscono gli istituti di parte generale dell'attuale diritto penale (come il dolo) ma li trattano casisticamente, non costruendovi intorno un sistema. L'Autore afferma che la lettura delle opere dei giuristi romani suggerisce anzi l'idea di un diritto penale progredito, soprattutto quando in età più tarda essi creano un'articolazione di norme connettendo *leges*, costituzioni imperiali e senatoconsulti. Gioffredi segnala infine un tentativo (peraltro modesto) di sistemazione generale che si trova in un lungo frammento del giurista Claudio Saturnino (probabilmente del II sec. d.C) tratto dall'opera *De poenis paganorum* e conservato in Digesto 48,19,16.

[90] F. CANCELLI, voce *Dolo (dir. Rom.)*, in *Enc.Dir.*, vol.XIII°, Milano, 1964, p.719, il quale ritiene che il termine *dolus*, certamente acquisito a Roma dalla civiltà greca, attribuisce il massimo significato possibile all'elemento intellettivo della condotta criminosa.

[91] Secondo la dottrina romanistica ciò dipese prevalentemente dal fatto che i giuristi romani non fossero chiamati, in materia penale ad esercitare quell'attività di consulenza interpretativa che li rendeva viceversa degli ineguagliati artefici nell'elaborazione del diritto privato. Il complesso delle norme penali pubbliche era considerato a Roma quale strumento di emanazione diretta della funzione repressiva delle autorità cittadine e statuali, il che spiega perché nell'esperienza romana è assai difficile distinguere tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale. Sul punto: F. GNOLI, voce *Diritto penale nel diritto romano,* in *Dig.disc.pen*., vol.IV°, Torino, 1990, p. 46; G. PUGLIESE, *Diritto penale romano,* in *Il diritto romano. La costituzione, Caratteri, Fonti. Diritto privato. Diritto criminale. (Guide allo studio della civiltà romana*, 6), Roma, 1980, p.249.

indicate, è dunque possibile osservare nel tempo una linea di sviluppo orientata ad una crescente interiorizzazione del concetto di dolo; interiorizzazione che iniziò con il riconoscimento dell'elemento intellettivo per poi passare all'affermazione dell'elemento volitivo e concludersi con lo sviluppo del concetto di *voluntas* e *animus.*

Con la *lex Cornelia de sicariis et veneficis* [92] (81 a.C.) si riconobbe per la prima volta una chiara ed esplicita componente volitiva tra gli elementi costitutivi del dolo. Secondo la dottrina penalistica tedesca di fine ottocento (in particolare: Löffler, Klee, von Bar, e Binding)[93] questa legge sarebbe stata il punto di svolta nella considerazione dell'elemento soggettivo, riconoscendo un ruolo preminente alla volontà malvagia e con essa al substrato volontaristico della responsabilità penale. Non mancano tuttavia quanti ritengono che l'importanza e la rilevanza della stessa sia stata strumentalmente supervalutata dagli interpreti moderni[94] che con essa tentarono di fornire al concetto di dolo un fondamento storico che fosse utile sia ad edificare un diritto penale del fatto, che un diritto penale della volontà atto al soddisfacimento di esigenze preventive e repressive[95].

Insieme a quanto previsto dalla *lex Cornelia* i termini e le formule che nei testi romani sembrano esprimere il concetto di dolo sono: *dolo, sciens dolo, dolo malo, sciens dolo malo, voluntas, data opera, consulto, proposito, sponte*. Queste espressioni si inseriscono in un quadro che riflette la mentalità dei romani ed il carattere delle loro fonti giuridiche[96]. Non

---

[92] Per un attento studio sul significato della stessa e sulla sua importanza per l'evoluzione del diritto penale si rinvia a G. P. DEMURO, *Alle origini del concetto di dolo, op.cit*., pp.18-23. Il testo della legge Cornelia ci viene riferito, tra gli altri, da Marciano in D. 48.8.1 pr. (14 inst): "*Lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominem occiderit: cuiusve dolo malo incendium factum erit: quisve hominis occidendi furtive facendi causa cum telo ambulaverit: quisve, cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum iudicium factum profiteretur, ut quis innocens conveniretur condemnaretur. Praeterea tenetur, qui hominis necandi causa venenum confecerit dederit: quisve falsum testimonium dolo malo dixerit, quò quis publico iudicium rei capitails damnaretur: quisve magistratus iudexve qaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret*".

[93] Cfr: A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts, op.cit*., p.68. Per le fonti tedesche vedi, *infa*, nota n°42 p.31.

[94] Ed in particolar modo coloro i quali, all'inizio del 1900 aderirono alla scuola di Kiel, scuola che avrebbe eroso altresì la teoria del bene giuridico di ispirazione liberale, sposando l'orientamento nazionalsocialista. Tra i principali esponenti vanno ricordati: G. DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechwissenschaft*, in *ZStW*, 1938, p.225 e ss e F. SCHAFFSTEIN, *Der Streit um da Rechtsgutsverletzungsdogma*, in *DStR*, 1937, p.35 e ss. In proposito A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, pp. 65 e ss.

[95] Così: G. P. DEMURO, *Prologomeni, op.cit.*, p.1417, ed ivi rimando a F. SCHAFFSTEIN, *Die Allgemeinen Lehere vonm Verbrechen*. In *inhrer Entwicklung durgh die Wisswnschaft des gemeinen Strafrechts- Beitragezur Strafrechtsentwicklung von der Carolina zur Carpzov*, Darmstadt, 1973, Neudruck der Ausgaben, Berlin, 1930-1932, p.110. Secondo tale autore, dunque, l'interpretazione della Lex Cornelia data dalla dottrina tedesca sarebbe viziata e strumentale alle esigenze di fornire un antesignano storico autentico che avvalorasse la teoria della volontà rendendola preferibile a quella della rappresentazione.

[96] Vedi M. MARRONE, *op.loc.ul.cit.*, p. 37 e ss.

esistendo una teoria generale della colpevolezza, il concetto era esposto confusamente e ai casi in cui si delineava una responsabilità dolosa si trovavano affiancate ipotesi di involontarietà oscillanti dalle odierne scusanti all'errore e dalla colpa alle esimenti.

Non di rado, poi, il dolo era formulato con espressioni linguistiche che inerivano alla malvagità dell'impulso e, per questo, tendevano a confondersi con il motivo dell'azione. Ciò rende plausibile il concludere che al concetto romano di dolo sia sotteso innegabilmente un profilo di rimprovero etico-morale non univocamente definibile, e perfettamente compatibile con il portato *latu sensu* religioso[97] del diritto punitivo dei primordi.

Tuttavia pur riconoscendo che il concetto di dolo nel diritto penale romano fosse permeato di un contenuto etico, l'approfondimento di cui è stato reso oggetto da parte della dottrina penalistica dell'età contemporanea ha reso possibile individuarvi con certezza anche un intrinseco significato tecnico-giuridico, direttamente riconducibile all'intenzionalità della condotta. Secondo Contardo Ferrini, a tutt'oggi il massimo cultore del diritto penale romano, proprio la dimensione esclusivamente intenzionale del dolo romano avrebbe fatto si che il dolo eventuale sarebbe stato completamente estraneo al diritto dei latini poiché: "*il giurista non si fermava ad indagare se l'agente avesse potuto prevedere o meno la possibilità del male avvenuto, ma osservava solamente se lo avesse voluto direttamente arrecare o meno*". La maggioranza delle espressioni linguistiche utilizzate per esprimere il dolo, dunque, sarebbero esclusivamente pertinenti a quello che oggi definiremmo l'intenzionalità diretta, essendo considerabile come *casus* tutto quello che fosse avvenuto fuori dalla stessa[98].

Le medesime conclusioni furono condivise anche da Giacomo Delitala[99] in quale rilevò che anche se il diritto romano non aveva approfondito il concetto di dolo con un'intensità paragonabile a quella dei moderni, il significato non equivoco delle espressioni in esso utilizzate poteva far correttamente concludere che si considerassero dolosi solamente i delitti commessi con dolo diretto, *id est* quelli nei quali l'attività dell'agente fosse stata scientemente indirizzata, se non finalisticamente protesa, a produrre l'elemento consumativo del reato[100].

---

97 Cfr., sul tema: R. FIORI, *Homo Sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, *passim*; P. De FRANCISCI, *Primordia Civitatis*, Roma, 1959; L. AMIRANTE, *Storia giuridica di Roma*, Napoli, 1991; M. TALAMANCA ed altri, *Lineamenti di storia del Diritto Romano*, 2^ed., Milano, 1989.

98 C. FERRINI, *Diritto penale romano, Esposizione storica e dottrinale*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di Pessina, vol.I°, Milano, p.40, e a p.51. Autore già ampiamente citato in G. P. DEMURO, *Prologomeni, op.cit.*, p.1415.

99 ID, *Dolo eventuale, op.loc.cit.*, p.434.

100 Per ulteriori approfondimenti sul tema: A. PECORARO ALBANI, *Il Dolo*, Napoli, 1955, p.3 e ss., ed *ivi* ampi rinvii alla dottrina tedesca ed in particolar modo alle opere di Klee, von Bar e Dahm. Tra gli studiosi tedeschi, tuttavia, va segnalata la dissonante la posizione sostenuta dal K. BINDING, *Die Normen und ihre Überttretung.*

L'ultimo passo evolutivo verso l'interiorizzazione del dolo sarebbe avvenuta nell'età del principato[101], periodo in cui sul nucleo concettuale ora delineato si sarebbero innestate le logico-filosofiche di *animus*[102] e *voluntas*. Il grado di maggior soggettivizzazione del dolo, tuttavia, avrebbe portato con se il progressivo incrementarsi del problema pratico e processualistico del suo accertamento che, avendo avuto sino a quel momento ad oggetto solamente la condotta e l'evento nella sua dimensione materiale-fenomenica, non aveva incontrato particolari avversità.

Il diritto romano venne pertanto ad imbattersi nella difficoltà cui deve far fronte ogni ordinamento che richiede per la punibilità di un dato comportamento il sicuro accertamento di un atteggiamento interiore[103]. La prima soluzione adottata, fu quella di indagare l'elemento intenzionale sotto il profilo delle qualità morali dell'agente, per poi ricorrere, in tutti quei casi in cui ciò non fosse possibile, al comodo espediente del *dolus in re ipsa*, secondo il quale si ritiene, tautologicamente, che l'autore di un fatto punibile a titolo di reato doloso abbia agito "*sciens dolo malo*" solo per aver commesso il fatto.

Sarebbe stato tuttavia solamente grazie alla creatività dei pratici medioevali che la necessità di risolvere il problema dell'accertamento del dolo avrebbe condotto all'ideazione dei concetti del *versari in re illicita*, del *dolus praesumptus*, e della *voluntas indirecta*[104].

- 3) <u>I punti fermi sul dolo nel diritto romano.</u>

Provando a porre alcuni punti fermi, sulla base delle osservazioni della dottrina italiana[105] e tedesca[106], possiamo affermare: 1) L'unica graduazione d'intensità del dolo nel

---

Eine Unterscuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, II, 2,2. Aufl., Leipzig 1916, pp. 720 ss, 747, 757; secondo il quale con il riconoscimento della *culpa lata* nella procedura *extra ordinem* del tardo impero, quale criterio soggettivo di imputazione applicabile anche nei casi in cui èra prima richiesto il *dolus malus*, si avrebbe una prima anticipazione dell'odierno concetto di dolo eventuale. La *culpa lata*, infatti, si sarebbe verificata quando il soggetto avesse agito con coscienza e volontà della condotta, ma senza malizia ed ostilità verso il diritto, o mostrando piena indifferenza per il buono o il cattivo esito della sua azione.

101 In argomento, tra i tanti, F. CANCELLI, *Principato, Diritto Romano*, in *Nov.Dig.It*., Torino, 1966.

102 Sotto un profilo generale oggi l'idea di *animus* come elemento strutturale del dolo non trova riconoscimento, e solo per specifiche figure criminose si sono sviluppate teorie incentrate sulla considerazione di un particolare *animus* in capo al soggetto agente. In tema: E. MORSELLI, *L'elemento soggettivo del reato nella prospettiva criminologica*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1991, pp. 97-98; P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, pp. 148 e ss.

103 Per un approfondimento sul tema della presunzione del dolo nel diritto romano si rinvia a: F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto ed accertamento del dolo*, Milano, 1960, pp. 9-11.

104 Più ampiamente sui concetti indicati vedi *infra*, §5, §6,§7.

diritto penale romano è quella – risalente a Platone (*Leggi*, IX, 7, 863-864) e Aristotele (*Eth. Nic.*, V, 10, 1135 b 10 ss.) – che fa leva sulla distinzione tra dolo d'impeto e dolo di proposito, distinzione propria in particolare dei delitti di sangue, per i quali in definitiva il problema dell'elemento soggettivo si pone. 2) Il concetto di dolo nel diritto penale romano mantiene sempre un contenuto etico-religioso, all'interno del quale la dottrina penalistica ravvisa anche un significato tecnico-giuridico. 3) Il dolo assume talvolta un significato generico, da riferirsi sia al dolo-*circumventio*-vizio del consenso, sia al dolo quale designante l'illiceità del fatto, come nella locuzione "*nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*". 4) Il significato tecnico-giuridico è riconducibile al nostro concetto di dolo intenzionale. 5) E' estranea ai Romani l'idea per noi comune che *Absicht* e *Vorsatz* non possono essere lo stesso concetto, perché si danno casi al di là dell'intenzione, che non appartengono alla colpa, ma per la loro forma psichica sono di regola analoghi all'intenzione dal punto di vista dell'imputazione penale.

L'elaborazione dogmatica delle diverse forme di dolo non è dunque riproponibile nel diritto penale romano. In primo luogo la differente sfumatura tra dolo intenzionale (o dolo diretto di primo grado) e dolo diretto (o dolo diretto di secondo grado) [107] non emerge mai, e

---

[105] Per lo studio del diritto penale romano in generale, tra tutti: C. FERRINI, *Diritto penale romano*, *op.loc.cit*. Quanto alla dottrina penalistica *strictu sensu* intesa l'elemento soggettivo nel diritto penale romano non risulta particolarmente approfondito. L'argomento è trattato solamente da alcuni tra i maggiori penalisti di fine ottocento e della prima parte del novecento, in particolare, seppur incidentalmente, da G. DELITALA: *Dolo eventuale e colpa cosciente*, *op.loc.cit*.; e G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, 2^ed. Torino, 1900. Solamente di recente a tali opere si è venuti ad affiancare gli approfondimenti di G. P. DEMURO, *Prologomeni., op.loc.cit*.; ID, *Alle origini del concetto di dolo, op.loc.cit*.

[106] K. BINDING, *Die Normen und ihre Überttretung. Eine Unterscuchung über die recht, mäβige Handlung und die Arten des Delikts, op.loc.cit;* A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts, op.loc.cit*.; G. DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, Berlin-Leipzig, 1931, (*Nötig war ein unmittelbares Wollen der Rechtswidrigkeit*"); ID, *Zur Rezeption des romisch-italienischen Strafrechts*, Darmstadt, 1955; K. KLEE, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlin, 1906; L. Von BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. 2, Berlin 1907; T. MOMMSEN, *Römischess Strafrecht*, Leipzig, 1899, ristampa, Aalen, 1990. Per un ampio approfondimento del pensiero del grande studioso tedesco si rinvia a: G. LIBERATI, *Mommsen ed il diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n°6, 1976, e T. MASIELLO, *Mommsen e il diritto penale romano*, Bari, 1997. R. Von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, 1894, pp.45 ss., citato da T. MASIELLO, *Mommsen e il diritto penale romano*, *op.cit.*, p.62-63. Per la disamina delle posizioni dei singoli autori si rinvia a: G. P. DEMURO, *Alle origini*, *op.loc.cit*., *passim*.

[107] La differenza tra le diverse forme di dolo è così espressa da G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano 2004, p.188 ss.: "*Il dolo intenzionale si configura quando il soggetto agisce allo scopo di realizzare il fatto*"; "*Il dolo diretto si configura invece quando l'agente non persegue la realizzazione del fatto, ma si rappresenta come certa o come probabile al limite della certezza l'esistenza di presupposti della condotta ovvero il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione*"; "*Il dolo eventuale si ha infine quando il soggetto si rappresenta come seriamente possibile (non come certa) l'esistenza di presupposti della condotta ovvero il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione e, pur di non rinunciare all'azione e ai vantaggi che se ne ripromette, accetta che il fatto possa verificarsi*". Condividono la stessa impostazione: G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 6^ed, Bologna, 2009, p.367, che distinguono più precisamente tra dolo intenzionale – o diretto di primo grado - , dolo diretto – o di secondo

dunque la nozione di *dolus* comprende sia i casi in cui la realizzazione del fatto illecito costituisce l'obiettivo finalistico che dà causa alla condotta, sia i casi in cui la realizzazione del reato non è l'obiettivo che dà causa alla condotta, ma costituisce soltanto uno strumento necessario perche l'agente realizzi lo scopo perseguito. 6) Del dolo eventuale non vi è menzione nelle fonti[108]. 7) Nel più tardo diritto penale romano risulta decisivo per l'affermazione della responsabilità dolosa lo spirito (*voluntas, animus*) con il quale l'azione viene compiuta. Attraverso la nozione di *animus*, definibile come il fine di provocare l'evento antigiuridico come tale, *id est* la *voluntas sceleris* come volizione del maleficio[109], il momento volitivo rimane impresso completamente nel concetto di *dolus malus* divenendone l'in se[110]. Con l'idea di *animus* si verifica cioè la *massima interiorizzazione* del concetto di dolo. 8) Non è estranea ai Romani la consapevolezza del problema dell'accertamento[111]. La presenza del dolo viene inferita dalle circostanze del fatto, ed in particolare dallo strumento utilizzato per la realizzazione dell'omicidio e delle lesioni, spesso con un interpretazione nella quale e tenuto conto anche della personalità dell'autore[112]. 9) Ultimo e fondamentale, l'elaborazione

---

grado - e dolo eventuale o indiretto; A. NAPPI, *Guida al Codice Penale, Parte generale*, 2^ed, Milano, 2008, p.229; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol.2°, par.2^, Torino, 2001, p.117; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 4^ed, 2001, p.324, che pur tuttavia distingue solamente tra dolo intenzionale o diretto e dolo eventuale o indiretto; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 3^ed, Torino, 2009, pp.336 s; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, 3^ed, Torino, 2008, p.308; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Roma, 2009, p.734; M. BOSCARELLI, *Compendio di Diritto penale, Pt. Gen.*, 8^ed, Milano 1994, pp.85 ss. Più ampiamente sul punto vedi *infra* cap.II°, §4.

[108] Anche F. CORDERO, *Criminalia, Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1986, p.224, osserva che nelle fonti troviamo modelli a cui sfuggono fenomeni importanti come il dolo eventuale. Sulla stessa posizione anche G. DELITALA, *Dolo eventuale e cola cosciente, op.cit.*, pp.434 e 435; e C. FERRINI, *op.loc.ult.cit*, p.51.

[109] Già secondo E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1880, pp.159-160 e pp.313- 314, il dolo è volizione del maleficio («*voluntas sceleris*»). Requisiti di struttura del dolo sono che «*il fenomeno della negazione del Diritto sia stato preveduto dall'essere operante e come negazione del Diritto e come conseguenza, sia certa o sia probabile, di un movimento spontaneo del suo organismo*» e che «*l'essere operante abbia voluto quel movimento del suo organismo, dal quale come effetto da cagione, deriva il fenomeno della negazione del Diritto». Il dolo, dunque, in quanto volizione del maleficio, è opera di intelligenza e di libertà: «maleficio è dunque l'azione della libertà umana che infrange il Diritto*». Ne deriva (pp. 29-30) che la società «*deve incriminare tutte quelle azioni che, movendo dalla libertà umana, violano un'attenenza giuridica in maniera da rendere impossibile l'attrazione in forma positiva, relativamente al fatto che si è compiuto*». Sul dolo (e in particolare sul rapporto con l'imputabilità) nel diritto penale dell'ottocento, D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo,* Napoli 1961, ora in *Scritti di diritto penale,* a cura di M. La Monica, Milano 1996, pp.105-106.

[110] In questo concetto sembra presente un'ascendenza platonica, dato che per Platone il giudizio negativo sul movente contribuisce ad attribuire la qualifica di volontaria all'azione e la rende pertanto illecita (*Leggi*, IX, 10, 869/870).

[111] Cfr., ancora F. CORDERO, *Criminalia, op.loc.ult.cit.*

[112] Sul tema: C. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale, op.cit*. p.247; E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano, op.cit., passim*.

dogmatica della nozione di dolo penale nel diritto romano non avrebbe mai trovato modo di esprimersi pienamente per la mancanza di un sistema processuale che ne consentisse l'approfondimento, mentre la struttura del dolo[113] ed suo accertamento[114] sono realtà interdipendenti che non possono evolvere se non congiuntamente. Il che dimostra, ancora una volta, come il momento dell'accertamento sia sempre stato, oggi come ieri, banco di prova della validità di ogni teoria sul dolo.

Dall'età costantiniana in poi la repressione criminale divenne esclusivamente imperiale e inquisitoria[115]. Si verificò una moltiplicazione dei tribunali che comportò una fitta rete di competenze concorrenti, e la nuova concezione del potere (sempre più autocratico e ormai a fondamento divino) ebbe come effetto la riduzione ai minimi termini dei poteri di valutazione dei tribunali. In questo quadro ben si comprende l'involuzione del senso giuridico in tema di colpevolezza, che si manifestò – per quanto a noi interessa – nell'affermazione di forme di responsabilità oggettiva e di responsabilità collettiva, che prescindevano completamente sia dal dolo che dalla colpa,[116].

---

[113] Vedi, *infra*, cap.2°, §2.

[114] Vedi, i*nfra*, cap.2°, §5.

[115] Cfr: G. GROSSO, *Storia del diritto romano*,5^ed. Torino, 1965, pp.462-463. Nella dottrina penalistica, già F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale, vol. II, Del giudizio criminale, 8^ed*, Firenze, 1897, p.293. Il metodo inquisitorio trae il suo nome dai *quaesitores*, che sono in origine cittadini incaricati eccezionalmente dal senato di investigare certi speciali delitti. Le basi del processo inquisitorio come forma ordinaria vengono però gettate – secondo Carrara - da Diocleziano. Nella dottrina romanistica si preferisce talvolta parlare anziché di sistema inquisitorio e di sistema accusatorio, di sistema unilaterale e di sistema bilaterale, per rimarcare l'esigenza di evitare fraintendimenti con altre esperienze storiche estranee alla realtà romana, e per sottolineare che l'inquisitore è anche giudice (sul punto V. GIUFFRE', *La repressione criminale, op.cit*., p.48). L'Autore osserva peraltro che il sistema accusatorio, che in altre esperienze giuridiche ha dato buona prova, nella Roma repubblicana non si rivelò affatto una garanzia per il prevenuto.

[116] In questo quadro nemmeno il *Corpus iuris Justinianei* avrebbe apportato un apprezzabile progresso. Sulla compilazione giustinianea, in generale: G. GROSSO, *Storia del diritto romano, op.cit.,* pp.489 ss., e con riferimento specifico agli aspetti penalistici, V. GIUFFRE', *La repressione criminale, op.cit.,* pp.173 ss.; in particolare sulla comprensione delle figure tradizionali che si ritrovano nel diritto giustinianeo: U. BRASIELLO, *Note introduttive allo studio dei crimini romani*, in *Studia et documenta Historiae et jus*, 1946, pp.171-172, già citato in G. P. DEMURO, *Alle origini, op.loc.cit*., p.16 e 46. Quanto ai *Digesta* essendo compilazione di *iura*, non possono contenere di per sé rilevanti e nuove aperture o sistematiche originali. La materia criminale è collocata in due libri della parte finale (il quarantasettesimo e il quarantottesimo, i c.d. *libri terribiles*), e si è rilevato come gli interventi dei compilatori siano decrescenti a mano a mano che ci si avvicina alla fine. Nel nuovo ordinamento degli studi giuridici, il diritto penale non ha grande spazio: conosciamo un solo autore di opere penalistiche, l'*antecessor Kobidas*, mentre gli esperti in diritto civile sono numerosissimi. E' ovvio dunque che il quarto e ultimo libro delle *Institutiones* dedichi solo una asciutta appendice ai *publica iudicia* e rinvii al Digesto. Quanto alla riedizione del *Codex*, esso riserva l'intero libro nono al diritto e alla procedura penale: ma mentre molta attenzione viene data ai problemi processuali, assai meno rilevante è la parte dedicata al diritto sostanziale, con qualche novità solo in tema di concorso di persone. Le *Novellae* dedicano sì più spazio al diritto sostanziale, ma nel senso dell'introduzione di nuove fattispecie (es. la bestemmia o la celebrazione di cerimonie religiose in luoghi inadatti al culto) e non nell'approfondimento di temi di teoria generale. Viene notato che in realtà le compilazioni non hanno grande incisività, come appare dalla loro scarsissima risonanza nelle opere coeve e che forse anche per ciò, subito dopo l'opera di compilazione e nonostante essa, si manifesta, in tutta la

Caduto l'impero romano, la considerazione dell'elemento soggettivo seguirà una evoluzione storica assai simile a quella delle origini greche[117]. La riscoperta medioevale del diritto latino, l'influsso del diritto canonico e la rinascita della scienza giuridica con i Glossatori e soprattutto con i Commentatori[118] segneranno la riaffermazione dell'elemento soggettivo: ma questa sarà soprattutto la storia dell'allargamento del concetto di dolo. La base ideale, nobile e spesso mitizzata o strumentalizzata[119], rimarrà sempre il *dolus malus* romanistico.

- 4) <u>Il significato storico-scientifico delle fonti romane per lo sviluppo dommatico del concetto di dolo .</u>

A discapito di quanto sino ad ora illustrato in riferimento alle fonti di cognizione storico-giuridiche il contributo scientifico del diritto romano per lo sviluppo del diritto penale moderno, ed in particolare per la formazione del concetto di dolo, è controverso soprattutto per quanto riguarda i presupposti dogmatici. Le discordanze sul punto possono ritenersi derivare dalla diversa ottica di studio degli storici e dei dommatici. Come già rilevato in premessa, infatti, mentre allo storico, nella valutazione di qualsivoglia dottrina, non è consentito prescindere dalle condizioni di tempo e di ambiente, se non vuole perdere l'intimo significato della dottrina che studia, ciò è invece consentito al dommatico[120].

Come traspare dall'analisi della dottrina romanistica classica, quest'ultima, nell'analisi delle fonti, in genere svalutava proprio l'apporto della dommatica, perché utilizzava una chiave d'approccio relativista che legava strettamente i concetti alla realtà storica in cui avevano operato giudicandoli inutilizzabili in altre ottiche storiche e giuridiche[121].

Per questo la dottrina penalistica italiana, solitamente, non si è curata del diritto penale romano, forse influenzata dal giudizio negativo degli illuministi, e dalle severe critiche

---

sua entità, una generalizzata disfunzione del sistema della repressione penale. Cosi cfr: ancora G. P. DEMURO, *op.loc.ult.cit*. p.28.

117 C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano,* a cura di E. Pessina, vol.II°, Milano, 1906, p.243.

118 In argomento: A. CAMPITELLI, *Europensees, op.loc.cit*., p.153 e s, ed *ivi* richiamo a E. CORTESE, *Il rinascimento giuridico medioevale*, Roma, 1992; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti ed il pensiero giuridico*, Milano, 1982.

119 Vedi *supra*, cap.I°, §2, p.28, e *quivi*, nota 37.

120 Vedi *supra*, considerazioni introduttive, §3, p.14, e *quivi* nota n°57.

121 Cfr: G. DELITALA: *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.cit.,* p.438.

formulate prima da Beccaria[122] e poi da Carrara[123]. Solo in Germania tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento si sarebbe intrapreso un approfondito studio sul significato delle fonti romane per il concetto di dolo. In particolare Löffler e Binding dedicarono ampio spazio all'analisi del *dolus* (romanistico); il secondo addirittura utilizzandolo come base dello schema per la divisione dell'elemento psicologico del reato tra momento conoscitivo (*Bewusstseins-Moment*) e momento volitivo (*Willens-Moment*)[124]. Lo stesso Binding avrebbe definito "*die klare Auffassung der bewussten Schuld*" il capolavoro dei Romani sul terreno della teoria del reato[125]. E anche in uno dei più autorevoli manuali tedeschi di diritto penale – pur senza approfondire il tema – si riconosce oggi che *il concetto di dolo del moderno diritto penale risale al tardo diritto romano* e rappresenta uno dei massimi contributi di esso[126]. Nella dottrina italiana solo nel più volte citato scritto di Delitala dedicato al dolo eventuale e alla colpa cosciente si tratta brevemente della nozione di dolo nel diritto romano.

Volendo tentare una conciliazione tra le rispettive posizioni, lo studio dell'apporto dommatico delle fonti romane deve procedere con la cautela consigliata dalla dottrina romanistica nell'utilizzo delle fonti. Innanzitutto bisogna evitare paragoni tra la nostra

---

[122] Così C. BECCARIA, nella premessa "*A chi legge*" del *Dei delitti e delle pene*, *op.loc.cit.*, descrive l'eredità normativa dei secoli passati: "*Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co' riti longobardi, ed involte in farraginosi volumi di privati ed oscuri interpreti formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi; ed è cosa funesta quanto comune al dì d'oggi che una opinione di Carpzovio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iraconda compiacenza suggerito da Farinaccio, sieno le leggi a cui con sicurezza obbediscono coloro che tremando dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini*." Come osserva Franco Venturi (curatore dell'edizione Mondadori del "*Dei delitti e delle pene"*, Milano, 1991, p.27, nota 2), la polemica contro il diritto romano, contro l'imperatore Giustiniano, *che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli*, contro la tradizione degli interpreti medievali, è fondamentale in Beccaria, così come è largamente diffusa in tutto il nostro Settecento. Ancora più dura la condanna della giurisprudenza romana e del medioevo da parte degli Illuministi francesi (in particolare Voltaire e Condorcet), nel quadro della complessiva condanna da essi affermata della storia, di tutta la storia, in nome degli ideali di libertà e di uguaglianza insopprimibili nella natura umana. Sul punto, F. CALASSO, *Medioevo del diritto.* vol.I°. *Le fonti,* Milano 1954, pp. 9-10, il quale riporta come agli occhi di Condorcet anche l'unica scienza di cui l'umanità si sentiva debitrice, la giurisprudenza romana, aveva origini impure, perché nata in funzione dell'astuzia dei detentori del potere e avrebbe approfittato del rispetto del popolo per le istituzioni allo scopo di imbrigliarne la volontà: di qui la stridente contraddizione in cui cadde – secondo l'Illuminista francese - la giurisprudenza romana, di affermare da un lato l'esistenza di un diritto naturale, dall'altro di impedirne il trionfo con i suoi formalismi tirannici.

[123] Peraltro F. CARRARA, (nei prolegomeni al *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale, vol. I, Del delitto, della pena,* p.2) attribuisce con orgoglio alla "*scuola italiana*" il merito che traspare da queste parole: "*La scuola italiana, che bevendo ai sommi principi della latina filosofia nell'argomento penale, seppe col presidio del cristianesimo appurarli dalla nebbia pagana, e rivendicarli dal guasto delle ferocie orientali e dei nordici pregiudizi, che li avevano con successiva guerra manomessi e corrotti*".

[124] Così: G. P. DEMURO. *Prologomeni, op.loc.ult.cit.,*

[125] K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, *op.cit.*, p.783 e, in generale, sul decisivo influsso delle fonti romane sulla concezione tedesca di colpevolezza, pp.781 ss.

[126] H. H. JESCHECK – T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 1996, p.292.

esperienza e quella romana per trarne solo giudizi di valore. Va poi tenuto ben presente che i concetti del diritto penale sostanziale romano, peraltro elaborati dalla dottrina successiva e non fissati dagli stessi Romani[127], vivono in stretta simbiosi con la loro applicazione materiale per cui è assai difficile distinguere il diritto penale sostanziale da quello processuale[128].

Ieri come oggi[129], dunque, i concetti astratti diventano verificabili nella bontà della loro qualificazione dogmatica solamente attraverso la loro concreta messa alla prova nella prassi giudiziaria. E se il concetto sostanziale di dolo nel diritto romano può avere una qualche attinenza con l'attuale elaborazione concettuale, è però indiscutibile che il sistema processuale penale romano era ben lontano dai moderni sistemi e non svolgeva certamente una funzione di garanzia individuale: basti pensare alla presenza, in sostanza, di una presunzione di colpevolezza anziché di innocenza e alla mancanza di altri principi quale il *nemo tenetur se accusare*; all'inesistenza dell'obbligo di motivazione e del doppio grado di giudizio e, in tema di prove, al fatto che la confessione potesse essere estorta anche con la tortura (*tormenta*). Il principio del libero apprezzamento della prova, secondo Mommsen conosciuto dal diritto romano[130], ha dunque tutt'altro significato che quello di garanzia per l'accusato.

Pur con le cautele segnalate, studiare il concetto di dolo che traspare dalle fonti romane è dunque necessario, non tanto e non solo per la sua validità scientifica, quanto per capire l'evoluzione storico-dommatica del concetto e come lo stesso si sia evoluto sospinto dalla necessità di dare soddisfacimento alle esigenze di accertamento probatorio.

Quando, superata la fase del diritto penale germanico[131] nella quale ci si limitava a prendere in considerazione il solo elemento oggettivo, inizierà a riproporsi la distinzione tra fatti volontari ed involontari, sarà proprio il modello elaborato dal diritto romano, insieme ai

---

[127] Come già osservato da G. P. DEMURO, infatti, già G. DAHM, *Zur Rezeption des romisch-italienischen Strafrechts, op.cit.*, p.24, evidenziava che i concetti non sono espressi nella decisione dei casi ma rimangono in certo qual modo latenti. A tale proposito l'Autore cita il frammento del Digesto (D. 50,7) che reca: "*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat*".

[128] Per tutti, U. BRASIELLO, *Note introduttive allo studio dei crimini romani*, *op.cit*., p.148 ss.

[129] Con riferimento alla realtà odierna, "*i problemi probatori decidono della stessa sopravvivenza del dolo, come forma di colpevolezza distinta dalla colpa*": così G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2003, p.377. Sull'intreccio tra aspetti strutturali e probatori del dolo, W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind.Pen.*, 1991, pp.481 e ss.

[130] Così ancora G. P. DEMURO, *Alle origini*, *op.loc.cit*., p.29, ed *ivi*, in nota n°251, rinvio a, T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht, op.cit.*, pp.400 e 435-436.

[131] In argomento si veda: A. CAMPITELLI, *Europensees, op.loc.cit.*, p.179.

richiami all'elemento interiore propri del diritto canonico, a fungere da spinta e da criterio ispiratore per la definizione del concetto di colpevolezza dolosa.

- 5) <u>Il diritto canonico e lo sviluppo del soggettivismo nel pensiero teologico del Basso Medioevo. Il pensiero di S. Tommaso D'Aquino.</u>

I concetti relativi all'elemento psicologico del reato che man mano vennero introdotti nelle leggi barbariche, oltre che dalle fonti romane, furono ricavate dai canoni della Chiesa.[132] Il diritto ecclesiastico, infatti, attenuò il carattere bellicoso e sanguinario del diritto barbarico, focalizzando l'attenzione sull'intenzione malvagia e sulla colpa e ponendo le basi per la moderna teoria dell'imputabilità; si cominciava a contrapporre il ruolo e l'importanza dell'elemento soggettivo alla mera materialità del fatto[133].

La cultura cristiana, ponendo a fondamento della propria fede religiosa e delle proprie speculazioni filosofiche la natura dell'uomo, le sue origini e il suo destino, orientò ed incentrò le sue dottrine sull'essenza soggettiva e spirituale dello stesso. Le pene dovevano sollecitare il pentimento del reo ed i delitti erano considerati anche peccati e, perciò, il cristianesimo influenzò anche la teoria del reato edificandola sull'elemento soggettivo poiché, come nel peccato era imprescindibile la volontà, così anche nel crimine doveva considerarsi determinate l'aspetto morale[134].

Già S. Agostino affermava che fosse la volontà ad orientare l'uomo al peccato oppure ad una vita retta, tanto che volontà e peccato *simul stant vel simul cadunt.*[135] Su tali basi l'elemento soggettivo assunse progressivamente sempre più importanza e con il succedersi dei

---

132 Cfr: P. DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano a cura di Enrico Pessina*, vol.I°, Milano, 1905, p.469.

133 Sul tema si vedano: C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano a cura di Enrico Pessina*, vol.II°, Milano, 1906, p.246; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione, vol.V°, Storia del diritto penale*, Padova, 1876, p.64; E. PESSINA, *Propedeutica al diritto penale,* Napoli, 1858, p.65 e 69; F. COSTA, *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Milano, 1924, p.62; D. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano a cura di Enrico Pessina*, vol.I°, Milano, 1905, p.691; B. CASSINELLI, *Prospetto storico del diritto penale*, Milano, 1954. pp.30 e ss.

134 Per un approfondito studio sull'origine filosofica e sulle funzioni della pena e dei suoi rapporti con la colpevolezza e la responsabilità umana si veda V. SCORDAMAGLIA, *Colpa, responsabilità e pena*, in *Rassegna Atti del 54° convegno di Cultura M. C. di SAVOIA*, Roma, 8-10 giugno 2002, pp.34 e ss, e in *Riv.it.fil.d.dir*., n°3 Lug-Sett., 2004, Roma, pp.379 a 425. Per un ulteriore approfondimento storico si rinvia a Cfr.: M. CATERINI, *op.cit.*, p.57.

135 S. AGOSTINO: *Retractationes, Liber primus*, 8,4,: "*voluntas quipped est qua et peccatur et recte vivitur*". Per un approfondimento sul pensiero giuridico-filosofico di S.Agostino si vedano: S. COTTA, *La città politica di S. Agostino*, Milano, 1960, *passim* e specialmente pp.133 e ss.; e F. D'AGOSTINO, *Il diritto penale come problema teologico*, Torino, 1992, pp.114 e ss.

concili vennero via via a delinearsi, con crescente precisione, i parametri necessari alla riconoscibilità dell'atto volontario.

L'elaborazione di questi caratteri fondava l'imputabilità morale nella volontà. Ma questa volontà poteva essere anche indiretta, così l'evento antigiuridico era da imputarsi moralmente non solo quando discendeva direttamente dalla deliberata condotta del reo, ma anche quando fosse derivato indirettamente da un'azione voluta. Si pervenne cosi in diversi canoni alla formalizzazione della responsabilità per omicidio conseguente ad un azione illecita[136], ossia l'affermazione delle teorie del dolo eventuale o indiretto e della preterintenzione[137]. Nella sfera della volontà del reo rientravano, quindi, non solo le conseguenze di una sua deliberata azione, ma anche quelle non direttamente volute, a meno che non fossero state il frutto di circostanze estrinseche verificatesi senza sua colpa.

Sull'elaborazione e lo sviluppo di questi concetti incise senza dubbio il pensiero di S. Tommaso D'Aquino, la cui opera non limitò la sua influenza alla scienza teologica, ma incise anche su quella giuridica[138]. Come S. Agostino aveva ispirato la prima fase della filosofia cristiana, così l'Aquinate guidò la seconda. E come il primo innestò il suo pensiero su quello platonico così fece San Tommaso con quello aristotelico[139].

La chiave dell'etica tomistica si fonda sulla libertà dell'uomo: poiché solamente egli possiede il libero arbitrio, inteso nel senso originario di "*libertà di giudizio*", in tale orizzonte l'atto umano è volontario solo se "*procede da un principio intrinseco con la coscienza del fine*"[140], ed in sostanza l'uomo impegna in negativo la sua volontà non solamente quando vuole un fine cattivo, ma anche quando vuole un'azione non buona[141].

Oltre a porre i presupposti fondamentali di quella che, in ambito penalistico, sarebbe successivamente divenuta, in epoca moderna e contemporanea, le teoria finalistica dell'azione[142], l'eminente filosofo fu tra i primi ad affrontare la tematica della previsione

---

136 Così: S. RICCIO, *I delitti aggravati dall'evento*, Napoli, 1936, p.51.

137 Ancora, M. CATERINI, *op.loc.ult.cit.*

138 In tema: S. L. BROCK, *Tommaso D'Aquino e lo statuto fisico dell'animo spirituale* in *L'Anima, Annuario di Filosofia*, 2004, a cura di V. POSSERTI, Milano, 2004, p.67 e ss.

139 Cfr: M CATERINI; *op.cit.*, p.60; F. COSTA; *Delitti e pene, op.cit.*, p.74 e ss.

140 S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica, prima pars, secundae partis, quaestio* 18, *articulus* 6, in *I Classici del pensiero*, Milano, 2009, a cura di T. S. CENTI.

141 S. TOMMASO D'AQUINO, *op.loc.ult.cit., articuls* 2. E *Summa Contra Gentiles*, libro terzo, cap. II°, in *I Classici del pensiero, op.loc.cit.*,

142 Limitandoci ad indicare alcuni dei più contributi più rilevanti sul tema possono citare i saggi di: A. PAGLIARO, *Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., n°1, 2008, pp.31 ss; S. MOCCIA, *La situazione spirituale della scienza giuridico-penale italiana nel secondo dopoguerra e la*

concreta dell'evento e di come il verificarsi di un accadimento successivo potesse connaturare il disvalore della condotta accrescendone o diminuendone la rilevanza.

L'Aquinate qualificò gli eventi bipartendoli in due categorie: quelli previsti e quelli imprevisti[143]. I primi furono ritenuti sicuramente in grado di influire sul disvalore dell'azione poiché chi non desiste pur avendo previsto che alla propria condotta possa correlarsi il verificarsi di conseguenze infauste, dimostra la perversità della propria volontà. Relativamente all'ipotesi in cui l'evento successivo non è stato previsto, egli introdusse l'ulteriore concetto della prevedibilità. Se nella maggior parte dei casi ad un dato atto segue un dato evento, allora questo evento contribuirà a qualificare il valore della condotta. Viceversa, se l'evento consegue all'azione in casi sporadici e solo indirettamente, allora detto evento non aggiungerà nulla al valore dell'atto in se. In conclusione, il valore di una condotta umana doveva essere giudicato dai suoi effetti essenziali e diretti, ossia concretamente previsti o astrattamente prevedibili, e non già da quelli accidentali e indiretti, di fatto inopinati ed inopinabili[144].

Naturale svolgimento di questa teoria fu la posizione che San Tommaso assunse in merito all'omicidio "*casuale*" affermando che: "*casus est causa agens praeter*

---

prospettiva finalistica, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007; C. ROXIN, *Pregi e difetti del finalismo. Un bilancio*, trad. it. a cura di A. CAVALIERE, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007, p.45; H. J. HIRSCH, *Principi, sviluppi e fraintendimenti del "finalismo"* trad. it., a cura di F. VIGANO', in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007; E. BACIGALUPO, *La teoria finalistica dell'azione e il suo significato nel diritto penale*, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007. G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità oggettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2003, pp.362 ss; C. FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto della teoria finalistica in Italia*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2003, pp.380 ss; T. PADOVANI, *Concezione finalistica dell'azione e teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2003, pp.395 ss. C. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, in *Riv.it.dir.pen*., 1950, p.259; H. WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv.it.dir.pen*., 1951, p.1 a 16; ID, *Il nuovo volto del sistema penale*, trad. it. a cura di C. PEDRAZZI, in *Jus*, p.32 e ss.; D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955; G. BETTIOL, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, in *Scritti Giuridici*, Tomo I°, p.465 e ss; F. DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967; M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica, nella recente dottrina tedesca*, Milano, 1967; S. ARDIZONE, *Condotte finalisticamente orientate e forme di colpevolezza*, in *Studi in onore di G. MUSOTTO*, vol.II°, Palermo, 1979. N. CAMPISI, *Rilievi sulla teoria dell'azione finalistica*, Padova 1959.

143 Così: M. FINZI, *"Previsione senza volizione" nel diritto penale*, in *Scuola Positiva*, 1922, p.163.

144 S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica, prima pars, secundae partis, quaestio 20, articulus 5: " ... Eventus sequens aut est praecogitatus, aut non. Si est preacogitatus, manifestum est quod addit ad bonitatem vel malitiam. Qun enim aliquis cogitans quod ex opere suo multa mala possunt sequi, nec propter hoc dimittit, ex hoc apparet voluntas eius esse magis in ordinata. Si autem eventus sequens non sit praecogitatus, tunc distinguendum est. Quia si per se sequitue ex tali actu, et ut in pluriuso secundum hoc eventus sequens addit ad bonitatem vel malitiam actus, manifestum est enim meliorem actum esse ex suo genere, ex quo possunt plura bona sequi; et peiorem, ex quo nata sunt plura mala sequi. Si vero per accidens, et ut in paucioribus, tunc eventus sequens non addit ad bonitatem vel ad malitiam actus, non enim datur iudicium de re aliqua secundum illud quo est per accidens, sed solum secundum illum quod est per se. […] eventus ille pro quo poena infligenda mandatur, et per se squiturex tali causa, et iterum ponitur ut praecogitatus. Et ideo imputatur ad poenam".*

intenzionem"[145]. Gli effetti casuali in assoluto non sono né intenzionali né accidentali, può però accadere che ciò che non sia oggetto di volizione diretta sia voluto ed accettato indirettamente o accidentalmente. Perciò, quando in presenza di un obbligo di evitare un dato evento non si faccia venir meno la causa dalla quale potrebbe derivare come effetto accidentale la morte di un uomo, l'uccisione è sostanzialmente considerata volontaria.

L'Aquinate, inoltre, precisò come l'attribuzione di un evento casuale alla volontà umana potesse avvenire sia in riferimento ad una condotta di base illecita che ad una condotta di base lecita: nel primo caso perché la condotta illecita doveva essere evitata alla fonte, nel secondo perche l'evento ulteriore deve essere attribuito alla volontà di chi lo ha materialmente cagionato quando questi, nel attuare una condotta lecita, non abbia preso le dovute precauzioni. Un'indagine sull'operato colposo del reo, perciò, sarebbe stata richiesta solamente quando questi avesse dato "*operam rei lecitae*", in caso contrario si sarebbe applicato il principio del "*volontario in causa*" secondo il quale chi volle la causa illecita volle con essa anche l'effetto illecito[146].

Il pensiero tomista permeerà per molti secoli sia la successiva cultura filosofica che il diritto penale. Nei commentari i concetti originari si riproporranno in maniera costante o con poche varianti di costume che ne lasceranno sostanzialmente impregiudicato il complessivo impianto teoretico. Nondimeno, in caso di eventi conseguenti a condotte illecite di base, si comincerà a distinguere l'imputabilità morale da quella penale.

La prima era determinata da quegli effetti della condotta illecita di base che seguivano direttamente la stessa, nonché dal mancato uso dell'opportuna prudenza per evitare detti effetti intrinseci ulteriori. Per l'imputabilità penale, invece, era sufficiente che gli effetti ulteriori fossero conseguenza intrinseca dell'azione illecita di base, senza che fosse necessario avere anche omesso di adottare la dovuta prudenza. Così si affermava ancora più nettamente che ai fini dell'imputabilità morale non fosse sufficiente il nesso di causalità materiale, ma che ad esso dovesse aggiungersi o la prefigurazione, nella mente dell'agente, dello stesso nesso fisico, quindi la previsione dell'evento, o l'essere l'azione pericolosa la causa volontaria morale dell'evento prodotto.

Nel campo giuridico-penale, invece, il reo doveva rispondere delle conseguenze non volute di una sua azione illecita, anche quando avesse agito con la dovuta diligenza.[147]

---

[145] Cfr: ID, *Summa Theologica, secunda pars, secundae partis, quaestio 64, articulus 8.*

[146] Sul punto: G. TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento*, Padova, 1979, p.75.

[147] Ancora: G. TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento, op.cit.,* p.74, il quale rivela come tale affermazione costituisca la conferma del principio "*qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*".

L'imputabilità penale continuava ad essere accomunata a quella morale, sostenendosi l'esigenza che gli effetti fossero non solamente conseguenza diretta dell'azione illecita, ma anche frutto dell'omissione della dovuta prudenza[148].

La morale cristiana, che ha orientato e predisposto tutto l'ordine giuridico europeo, è una morale dell'intenzione[149] che investiga l'anima e giudica la volontà attribuendo valori diversi all'azione in base ai differenti fini ad essa sottesi. Da questa morale, d'altronde, sono scaturiti anche i concetti prettamente giuridici del dolo diretto ed eventuale, di imputabilità indiretta e di "*volontario in causa*", che permeeranno non solo la cultura penalistica coeva alla loro nascita, ma anche quella successiva, lasciando tracce indelebili e tuttora presenti nel mondo giuridico, e spesso anche nella mente di chi è chiamato a disciplinarlo e ad interpretarlo.

- 6) Il dolo nel diritto canonico e la teoria del *versari in re illicita*.

Nel medioevo, con l'evoluzione del pensiero cristiano e la progressiva riscoperta delle fonti romanistiche, gli interpreti vennero a prendere gradualmente coscienza di come il concetto classico del *dolus malus*, focalizzato su l'intenzione, ed ontologicamente caratterizzato da una intrinseca natura di rimprovero etico[150], non fosse più efficacie per conseguire i fini cui era preposto.

Per far fronte a tale carenza che si sarebbero poste le basi per la successiva evoluzione del concetto[151], evoluzione che, specie per quanto attiene alla distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione, non può ancora ritenersi conclusa.

Il dolo di derivazione romanistica si presentava oramai inidoneo a soddisfare le esigenze di repressione e prevenzione che venivano progressivamente ad accentuarsi nella società; e d'altro canto, rilevava una limitata elasticità ai fini probatori, terreno in cui la prassi giudiziaria, (allora come oggi) riusciva a conseguire scarsamente dei risultati utili, proprio nei

---

148 Cfr.: M. CATERINI, *Il reato eccessivo, op.cit.,* p.65.

149 Per un recente approfondimento sulla morale cristiana dell'intenzione si veda: U. GALIMBERTI, *Psiche e teche*, Milano, 1999, p.33 ss., il quale compie anche una distinzione con la morale laica di Immanuel Kant e l'etica della responsabilità di Max Weber. Sul punto più ampiamente, *infra*, §11.

150 Vedi, *supra*, §2. e §3.

151 In tal senso G. P. DE MURO, *Prologomeni, op.cit.,* p.1411.

casi di divergenza tra il voluto ed il realizzato e nelle ipotesi in cui si fosse verificato un evento diverso rispetto da quello che l'agente si era proposto di realizzare[152].

Per tentare di risolvere tale problema s'idearono tre soluzioni, sostanzialmente coincidenti a quelle tuttora in uso nella più recente esperienza giudiziaria, malgrado i divieti espressamente od implicitamente contenuti negli articoli 25 e 27 della Carta Costituzionale.

Il primo e più istintuale rimedio fu quello dell'ideazione della teoria del *versari in re illicita*, corrispondente all'attuale responsabilità oggettiva espressamente prevista dall'art. 42 del c.p. attualmente vigente, là dove statuisce, enumerando gli elementi soggettivi del reato, che la legge determina i casi in cui "*l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione*", a prescindere da dolo, colpa e preterintenzione.[153]

La seconda risposta fu quella di estendere il concetto di dolo, ripensandolo in funzione probatoria; impoverendolo di contenuto per allargare l'ambito della responsabilità dolosa in direzione delle conseguenze non direttamente volute, ed alleggerendone la consistenza concettuale tramite la previsione di forme di intensità attenuata quali la *voluntas indirecta.*[154]

La terza via fu invece individuata nelle presunzioni processuali inserite in un processo formale costituito da prove legali. Tendenze alla presunzione del dolo che, come nell'esempio paradigmatico del *dolus in re ipsa*, già inaugurato nella tarda epoca romana, continuano tuttora a riemergere nella prassi processuale nonostante ci si trovi in un sistema processuale in cui vige il principio del libero convincimento del giudice come sancito dall'art.192, comma 1,

---

[152] Sul punto G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2002, p.1041 il quale rivela come l'esigenza di rigore espressa nel "*ne crimina maneat impunita*", quando ci si trova a fare i conti con il sistema delle prove legali, conduce a sfigurare progressivamente il concetto romanistico di dolo, presumendolo, svuotandolo di contenuto, addirittura assimilandolo alla colpa.

[153] In argomento: V. CAVALLO, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, Napoli, 1937; C. PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, Milano, 1978; ID, voce *Responsabilità oggettiva (dir.pen.),* in *Enc.Giu*., vol.XXVII°, Roma, 1991; G. TAGLIARINI, *I reati aggravati dall'evento*, Padova, 1979; E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante, un contributo di diritto comparato*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1979, p.755; F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1981, p.456; A. CASTALDO, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.1119; C. F. GROSSO, *Responsabilà penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.409; A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva, aspetti di politica criminale ed elaborazione dogmatica*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.387; AA. VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A. STILE, Napoli, 1989; C. F. GROSSO, *Questioni aperte in tema di imputazione del fatto*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1993, p.21; ID., *Principio di colpevolezza nello schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, in *Cass.Pen*., 1995, p.3125; S. CANESTRARI, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig.disc.pen*., vol.XI°, Torino, 1996, p.119; E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*. *Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale* in, *Riv.it.dir.proc.pen*., 2000, p.863; F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, *Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005.

[154] Ancora G. P. DE MURO, *Op.loc.ult.cit.*

del c.p.p., che impone al giudicante di dar conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati nella valutazione della prova[155].

La teoria del "*versari in re illicita*"[156], derivante dal diritto canonico disciplinare e penale, nacque per la valutazione dei fatti di omicidio e trovò la sua più chiara espressione tra il dodicesimo ed il tredicesimo secolo; periodo in cui accanto al dolo e alla colpa sarà ritenuta necessaria e sufficiente a costituire la base dell'imputazione del fatto una mera condotta non consentita. Tutte le conseguenze gravano sull'accusato, anche quando l'evento mortale si verifica per caso: *Versanti in re illicita imputatur omnia quae sequuntur ex delicto.*[157]

Con la teoria in commento il diritto ecclesiastico dispose di una regola di imputazione di facile ed immediata applicazione, che, proprio per questo, da patrimonio della dottrina canonistica divenne rapidamente condivisa anche dal diritto penale laico, influenzando in modo decisivo le successive figure della *doctrina Bartoli*, del *dolus generalis* e del *dolus indirectus*. Le ipotesi riconducibili al *versari in re illicita* permangono nei moderni ordinamenti in ragione della permeabilità della responsabilità oggettiva al mutare e al ripetersi delle esigenze politico criminali[158], tal chè essa è anche oggi utilizzata come efficace risposta ad esigenze di prevenzione generale e di semplificazione probatoria[159]: le stesse esigenze che contrassegnarono la sua nascita e che motivano storicamente all'ampliamento del concetto di dolo cui si è già fatto cenno e la sua presunzione in sede processuale.

Come già indicato ancora oggi è presente all'art.42 del nostro codice penale un parametro di imputazione che va tradizionalmente sotto il nome di "responsabilità oggettiva", una forma di responsabilità in virtù della quale un determinato evento viene posto a carico dell'autore solamente in base al rapporto di causalità materiale, senza che si richieda né che l'evento costituisca oggetto di volontà colpevole, *id est* dolosa, né che sia conseguenza di una condotta contraria a regole di diligenza *id est* colposa. A ciò si aggiunga che mentre la teoria

---

155 In argomento: A. NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, 8^ed., Milano, 2001, pp.171 e ss.

156 Sul tema: il recente contributo di F. BASILE, *La colpa in attività illecita. op.loc.cit.*, p.358; il quale, in nota n°3, rivela come, in origine, la regola del *versari in re illicita* fosse stata concepita con la finalità garantistica di limitare l'imputazione delle conseguenze non volute derivanti da un fatto base illecito. Sul fondamento di tale regola, secondo l'Autore, il presbitero che avesse cagionato per caso fortuito un omicidio, veniva escluso dalla possibilità di assumere cariche ecclesiastiche solamente qualora avesse cagionato la morte altrui attraverso un'attività di per se illecita : "*la regola del versari apponeva, dunque, un limite alla responsabilità per il mero caso, imperante in quei secoli in cui la tradizione romanistica non era stata ancora pienamente recuperata*".

157 Cfr: G. P. DEMURO, *Prologomeni, op.cit.*, p.1433.

158 In tal senso: G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 6^ed., Bologna, 2009, p.636.

159 E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1979, p.761.

del *versari in re illicita* nasceva esclusivamente per prevedere un criterio di imputabilità che avesse esclusivamente ad oggetto l'evento ulteriore causalmente correlato alla condotta dell'agente, oggi, accanto alle ipotesi più numerose riguardanti l'addebito di uno più eventi, tale forma di responsabilità può porsi anche in relazione a qualsiasi elemento essenziale o accidentale del reato[160]. Nel diritto vigente la questione della responsabilità oggettiva è dunque meno residuale di quanto potrebbe *prima facie* apparire, e la necessità della presenza di un coefficiente psicologico o comunque soggettivo che abbracci tutti gli elementi del fatto tipico è il più consistente argomento critico che era mosso ieri al *versari in re illicita* e oggi alla responsabilità oggettiva.

- 7) La semplificazione nell'accertamento processuale: nascita del *dolus praesumptus*, il *dolus generalis*, la *doctrina Bartoli*, la *voluntas indirecta*.

Il primo problema che si pose ai dottori medioevali fu quello di come diagnosticarne e dimostrarne materialmente la sussistenza sul piano probatorio di un elemento psichico quale il dolo[161]. Una soluzione a tale problema fu individuato nell'allargamento del concetto di *dolus malus* di derivazione romanistica operata tramite l'ideazione della teoria del *dolus praesumptus*[162]. Questa sosteneva che, in tutti quei casi in cui non si fossi riusciti a raggiungere la piena prova del dolo, detto *dolus verus o manifestus*, la sua presenza potesse essere presunta sino a prova contraria prendendo a riferimento degli indizi parziali, che fossero tuttavia concreti e determinati, quali, con particolare attinenza al delitto di omicidio, la qualità delle armi ed il modo in cui fossero state utilizzate dall'autore della condotta.

Di questa *deminutio* probatoria i pratici tenevano conto sul piano sanzionatorio: se alla "*plena probatio*" corrispondeva una pena ordinaria, alla "*semiplena probatio*" non faceva seguito l'assoluzione dell'imputato, ma l'irrogazione di una pena diminuita nel *quantum* e spesso lasciata alla discrezione dell'organo giudicante. In ultima istanza si finiva così con il

[160] In tema: G. MARINUCCI – E: DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, 2^ed., Milano, 2006, pp.281 ss, i quali distinguono tre ipotesi di responsabilità oggettiva: 1) responsabilità oggettiva in relazione all'evento; 2) Responsabilità oggettiva in relazione ad elementi del fatto doversi dall'evento; 3) Responsabilità oggettiva in relazione all'intero fatto di reato.

[161] In argomento si rinvia a M. SBRICOLI, *Giustizia Criminale*, in *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di FIORAVANTI, Roma-Bari, 2002, p.168; e F. CORDERO, *Criminalia, op.cit.*, p.256.

[162] Cfr: F. CORDERO, *Criminalia, op.cit*., p.233; e G. P. DEMURO, *Prologomeni, op.cit.*, p.1438.

punire anche chi sarebbe stato assolto se la cultura del sospetto non avesse snaturato i quadri induttivi[163].

In estrema sintesi, il *dolus praesumptus* realizzava una commistione di processo e pena in cui si puniva con una pena ridotta ove non si fosse conseguita la piena prova della colpevolezza[164].

Accanto al *dolus praesuntus* la scienza giuridica e la prassi si concentrarono presto anche sull'ampliamento sostanziale del concetto di dolo. Alla base di ciò stava ancora e sempre, insieme alla difficoltà processuale di provare l'intenzionalità, la necessità di punire a titolo di dolo fatti che la coscienza sociale avvertiva quali meritevoli di una pena più grave, *id est* la pena ordinaria prevista per il *dolus verus* e non quella attenuata che ricorreva nelle ipotesi di *semiplena probatio*[165]. Vennero dunque elaborate una serie di teorie sul dolo che si risolsero tutte, rispetto al *dolus malus* romanistico, in un rilevante ampliamento della responsabilità dolosa. Esse lasciarono sullo sfondo la volontà intenzionale che caratterizzava il *dolus malus* e tesero ad una sostanziale oggettivizzazione del concetto di dolo. Questa estensione concettuale avrebbe seguito tre differenti vie: il *dolus generalis*, la *doctrina Bartoli*, e la *voluntas indirecta*.

Il *dolus generalis*, ha la sua immediata origine nel principio di diritto canonico *versanti in re ilicita imputatur omnia quae sequunt ex delicto*[166]. Il fondamento di tale responsabilità sarebbe "*et licet non in ea specie fuit, tamen dolosus in genere videtur*". Cioè vi è ugualmente dolo anche quando l'agente non si sia proposto di commettere il delitto più grave. L'essenza del *dolus generalis*, dunque sarebbe quella di non richiedere più il riferimento della volontà ad uno specifico, determinato evento, essendo sufficiente che

---

[163] F. CORDERO, *Criminalia, op.cit*., p.266-267, il quale richiamando W. ENGELMANN, *Die schullehere der postgossatoren,und ihre Fortentwiklung, 2. Auf. (Leipzig 1885), rist. Aalen 1965*, p.85-86, evidenzia come la presunzione del dolo comporta il rischio che anche situazioni dove tale elemento soggettivo non c'è, vengano trattate come se il dolo ci fosse.

[164] Si noti peraltro che i maggiori commentatori non chiamano mai espressamente *dolus praesuntus* il dolo diagnosticato in un quadro indiziario incompleto e, in definitiva, la difficoltà dell'accertamento dell'elemento interiore e la correlativa necessità di semplificazioni probatorie rappresenta un pensiero latente più che espresso. Sul tema più approfonditamente: F. CORDERO, *op.loc.ult.cit*., p.267, ed ivi, nota n°60.

[165] Cfr: L. EUSEBI, *Appunti sui confini tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2000, p.1086, il quale rileva come l'odierno orientamento dottrinale e giurisprudenziale sia da inquadrare in un'ottica evidente di politica criminale giudiziaria in cui, nonostante l'assenza di ancoramenti normativi, si è elaborato un ambito di rilevanza a condotte antidoverose che, pur non essendo intenzionali, sono ritenute ugualmente suscettibili di determinare una responsabilità dolosa.

[166] Come rilevato da G. P. DEMURO, *prologomeni, op.cit*., p.1440, da questo principio il canonista Giovanni d'Andrea (1279-1348) desumette che rispondesse per adulterio colui il quale convivesse con una donna sposata, senza sapere che lo fosse. Infatti la condotta è comunque illecita: rappresentando peccato, adulterio o no, la convivenza fuori dal rapporto matrimoniale.

l'autore *in re illicita* abbia agito con dolo " in genere", rilevando a titolo di dolo il fatto diretto a un evento non consentito, diverso da quello verificatosi.[167] In breve l'evento più grave era ricondotto al dolo quando la condotta effettivamente voluta era una condotta *illicita* e quando l'agente non avesse agito nel caso singolo con la convinzione dell'impossibilità di un evento diverso.

La forte estensione del campo della responsabilità dolosa che tale teoria produsse si deve anche all'intrinseco legame con la concezione canonistica della colpevolezza come peccato, che comporta che colui che lo ha commesso incorra in una maggiore responsabilità essendosi arreso alla forza del male e ad i suoi effetti. Tale argomentare, tuttavia, non precisa in alcun modo se tale proposta rappresenti una forma particolare di manifestazione del dolo del fatto base o se implichi il riferimento del dolo ad un oggetto generalizzato o ad una fattispecie delittuosa ampliata. La conseguenza fu che l'influsso canonico costituito dal dolo in generale servì a favorire la deriva oggettivistica[168] della dottrina italiana con la teoria del dolo elaborata da Bartolo da Sassoferrato[169].

La *doctrina Bartoli*, pur essendo ritenuta a lui precedente[170] sarebbe stata la teoria del dolo dominante, almeno sino al sedicesimo secolo, nella dottrina e nella giurisprudenza italiane.

La medesima è cosi formulata: " *Si delinquit in plus incidendo in aliam speciem delicti hoc adverte: si quidem delictu, quo principaliter facere proposuerat, tendit ad illum finem, qui secutus est, et tunc inspicimus eventum. Si vero ad hoc non tenebat delictum, quod*

---

[167] Così: F. CORDERO, *Criminalia, op.cit*. p. 274-275, il quale, richiamando l'esempio tratto da Giovanni d'Andrea, sottolinea come nelle fonti compaia fra gli elementi del fatto anche *l'abitus matrimonialis* della donna, un elemento cioè che costituiva in indizio importante da cui appare diagnosticabile, secondo l'autore, un dolo almeno eventuale del convivente.

[168] Su come una tale deriva possa essere considerata tuttora attuale si veda: C. PONGILUPPI, *Dolo generale e preterintenzione; la realizzazione del rischio come criterio risolutivo nelle indicazioni della Cassazione*, nota a Cass., Sez.v^ pen, Sent. n°3946 del 3 dicembre 2003, Belquacem, in *Cass.Pen*., 2004, fasc.1°, pp.38 e ss.

[169] Per quanto attiene all'oggetto della nostra analisi l'opera più rilevante dell'Autore può essere individuata nel *Commentaria in secundam Digesti novi partem, rub. ad legem Cornelia de sicariis*, Lione, 1550.

[170] Si fa riferimento in particolare a Cino da Pistoia e Oldrado da Ponte (circa 1270-1336). Il primo, predecessore e maestro di Bartolo, sostenne che quando l'agente fosse caduto in "*aliam speciem delicti, in quam … non proposuit, tunc non tenetur*", e citò come fondamento per l'esclusione della responsabilità il frammento del Digesto 47.2.54pr, dove a chi ha scardinato una porta "*iniuriae causa*" non è attribuibile il furto successivamente commesso da altri, giacchè: "*nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit*". In questo modo Cino limitava la responsabilità oggettiva, ma simultaneamente cercava di fornire una base teorica all'imputazione dell'evento aggravante nei delitti qualificati dall'evento e ne trovava l'intima ragione nella natura stessa dell'atto delittuoso. Nello stesso periodo Oldrado da Ponte affermava: "*Licet ex principali proposito et intentione intenderet solum possessionem rei suae habere, incidenter tamen et homcidium cogitvit, si resistentiam invenieret, et ideo secum armatos duxit*". Secondo tale Autore, dunque, la responsabilità per l'ulteriore evento mortale non era da affermare sempre, ma solo quando l'agente avesse messo in conto l'eventualità di realizzare un omicidio ove la controparte avesse opposto resistenza.

principaliter facere proposuerat, tunc non tenetur". Si richiedeva che la condotta illecita iniziale recasse in se la tendenza dell'ulteriore evento e che questo fosse stato preveduto ed accolto dall'agente: il che era ritenuto ricorrente negli atti di violenza che sfociassero nelle più gravi conseguenze di produrre la morte o delle lesioni gravi a carico dell'aggredito. Con ciò si iniziava a porre un primo limite alla imputazione indifferenziata degli eventi ulteriori secondo la teoria del *versari in re illicita*.

Nella dottrina di Bartolo si può vedere benissimo formulata una prima antesignana della categoria logico-giuridica del dolo eventuale, per cui non basta un atto consapevolmente pericoloso, ma bisogna che l'autore calcoli i rischi e se li assuma risoluto ad agire qualunque cosa capiti, ricorrendo invece la colpa cosciente nell'ipotesi in cui, nel calcolo prognostico, l'agente abbia escluso l'evento più grave[171]. L'essenza della teoria è che, data la palese tendenza oggettiva dell'azione a realizzare l'evento, l'autore non può che esserne conscio e quindi agisce necessariamente con dolo. Una base oggettiva utilizzata come presunzione processuale diventa così un elemento concettuale in base al quale il "*praevederi posse*" diviene parametro idoneo a distinguere la colpevolezza dalla non colpevolezza. Questo concetto per Bartolo non porta al riconoscimento di una responsabilità per colpa, ma è assunto come base per affermare direttamente il dolo, essendo ritenuto sufficiente il nesso di causalità adeguata sia per l'imputazione oggettiva che per quella soggettiva, e l'autore della condotta criminale finisce per rispondere di ogni evento che ad un osservatore esterno si delinea con una certa probabilità al momento dell'azione.

Sarà proprio tale dimensione di apparente giudizio oggettivo a facilitare enormemente la prova del dolo e a giustificare la longevità della *doctrina Bartoli*. Il fondo di tale teoria sarebbe consistito non in un ampliamento del concetto di dolo, quanto in un'estensione secondo i dettami del *versari in re llicita*, dei confini della responsabilità, al fine di poter applicare la pena ordinaria anche nei casi sopra citati. Infatti, ciò che distingue la dottrina Bartoli dalle dottrine del *dolus indirectus* e del *dolus generalis* è che con quest'ultima non si cerca di stabilire un rapporto di volontà tra l'*animus* dell'autore e l'evento non intenzionale, ma si rinuncia direttamente all'attribuzione di valore a tale relazione volitiva. Alla dottrina italiana del periodo importava esclusivamente il conseguimento del risultato pratico consistente nella possibilità di applicare la pena ordinaria anche in quei casi nei quali non si riuscisse generalmente a dimostrare che l'evento fosse stato preso di mira. Il reo che avesse

[171] F. CORDERO, *Criminalia, op.cit*., p.276 e G. P. DEMURO, *Prologomeni, op.loc.cit.*, p.1442. Evidenti in tale formulazione sono i punti di contatto con la nozione de dolo eventuale che sarebbe stata successivamente elaborata nella cosi detta "prima formula" da R. von FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen*, 1931, p.190. Sull'ineguagliata incisività della prima formula di Frank si veda L. EUSEBI, *Il dolo come volontà, op.cit.,* pp.131 e ss.

posto in essere una condotta dolosa dalla quale fosse derivata la morte di un uomo come conseguenza non voluta avrebbe risposto "*ac si habuisset animus occidendi*", con la finale conclusione che non si sarebbe ampliato il concetto di dolo romanistico, ma l'ambito di applicabilità della pena ordinaria[172].

Il passaggio dal punto di vista dell'osservatore a quello dell'autore, da una relazione oggettiva di pericolo ad un dolo di pericolo, sarebbe stato effettuato solamente con le successive riflessioni formulate sul tema da Barolomeo da Saliceto e da Baldo degli Ubaldi[173]. Essi affermarono la necessità che l'autore fosse anche consapevole delle conseguenze del fatto che si proponeva di realizzare: dunque per loro il criterio di imputazione del dolo divenne il dolo di "messa in pericolo" che comprende tutte le conseguenze del fatto rappresentate come possibili. Il dolo diretto all'evento base, *id est* assistito da dolo intenzionale, rende probabile il verificarsi di eventi tipici ulteriori e, dunque racchiude in se anche questa probabilità, o comunque si rimprovera all'autore di non aver tenuto in conto l'ulteriore probabile sviluppo degli avvenimenti. Ci si accontenta così di un dolo di pericolo che racchiude in se, senza farne distinzione, tanto il dolo eventuale che la colpa cosciente riguardo all'evento finale.

L'ultimo passaggio in direzione di una forma di responsabilità soggettiva sostanzialmente sovrapponibile con l'odierno dolo eventuale, di cui costituisce l'antenato più prossimo, è costituita dalla dottrina del *dolus indirectus* elaborata da *Diego Covarruvias* (1512-1577)[174].

Alla base di tale categoria concettuale vi è l'idea, spesso tuttora ricorrente, che nella volontà della causa risieda indirettamente la volontà dell'effetto: un inferenza oggettiva, quest'ultima, basata su di una presunzione logica *juris tantum* e riferita esclusivamente a

---

[172] In tal senso: G. P. DEMURO, *Prologomeni, op.loc.ult.cit.*. *Contra*, G. DELITALA, *Dolo eventuale, op.loc.cit.*, p.436, secondo il quale, invece, la dottrina di Bartolo comporta un superamento della nozione romanistica del dolo e non solo un'estensione della responsabilità. Secondo Delitala, la sufficienza, per la sussistenza del dolo, della semplice prevedibilità della conseguenza lesiva era una necessità obbligata dal sistema processuale: infatti un giudizio sulla sussistenza effettiva della previsione da parte del colpevole era inammissibile perché avrebbe presupposto il principio del libero convincimento del giudice in un epoca in cui invece il processo era dominato dalle presunzioni e dalle prove oggettive. La genesi logica della dottrina riposerebbe sul concetto di previsione, come dimostrerebbe il fatto che pur importando identica pena, previsione e prevedibilità sono concettualmente distinte dalla maggior parte degli autori. Secondo questa impostazione, dunque, la prevedibilità rappresenta in fondo la prova o, meglio la presunzione della previsione effettiva, dato che le conseguenze generalmente prevedibili sono generalmente previste. I due concetti finiscono così per apparire come due termini perfettamente fungibili in un sistema dominato dal principio delle prove oggettive.

[173] B. Da SALICETO: *In Codicem Commentaria*, Venezia, 1586; B. Degli UBALDI, *Tractatus universi juris*, vol.II°, *sub "Homicidium"*, in cui riporta il pensiero di Cino da Pistoia e Dino del Mugello.

[174] D. COVARRUVIAS, in *Clementis V costitutionem si furiosus, de Homicidio*, Colonia, 1679.

quegli effetti che sono soliti fare seguito alla condotta secondo una certa regolarità causale. In verità la teoria del *dolus indirectus* è solo apparentemente prossima a quella del *versari in re illicita*; se ne distingue infatti perche la volontà dell'evento viene inferita dalla volontà dell'azione, mentre nel *versari in re illicita* domina la presunzione di una volontà cattiva che si manifesta nella violazione del divieto e fa si che ogni conseguenza venga considerata colpevole. Covarruvias distinse per la prima volta una volontà che fosse direttamente indirizzata alla realizzazione dell'evento, da una volontà che lo accettasse indirettamente adottando ancora una volta come parametro di riferimento la disciplina materiale del reato di omicidio[175].

La volontà diretta si aveva quando l'autore dell'omicidio avesse agito con *animus occidendi* versando in una situazione psichica rappresentante la riproduzione del dolo intenzionale romanistico, quella *indirecta* si ritrovava in quei casi in cui la morte fosse conseguita *immediate et per se*[176]. In breve Covarruvias distinse *l'homicidium voluntarium voluntate directa commissum*, corrispondente a quello commesso con dolo intenzionale; l'omicidio *voluntarium voluntate indirecta commissum*, comprendente l'elemento psicologico dei casi oggi qualificati di dolo eventuale e di colpa con previsione, e *l'homicidium casuale*, nel quale rientravano anche le ipotesi di colpa incosciente.

Avvalendosi del fatto che la *voluntas indirecta* è dimostrabile attraverso la consapevolezza della possibilità dell'evento Covarruvias fece dunque rientrare la colpa con previsione nella nozione di volontà, prendendo tuttavia per la prima volta le distanze dal concetto romanistico di dolo secondo il quale la volontà poteva essere solamente diretta. Sul piano dell'ambito di imputazione la dottrina del *dolus indirectus* non si differenzia dalla *doctrina Bartoli*: essa, infatti, comporta l'imputazione di tutte le conseguenze prevedibili dell'azione dolosa anche quando queste non sono state direttamente volute sconfinando quindi dal campo del dolo a quello della colpa in senso stretto[177]. Le differenze tra le due teorie sono

[175] In tal senso: G. P. DEMURO, *op.loc.cit.*, p.1445, il quale riporta come riferimento testuale una fonte tratta da W. ENGELMANN, *Die schuldlehere der Postglossatoren, op.cit.*, p.109 e nota n°8: *"Directe enim fertur voluntas in homicidium, quando quis animum haet ocidendi: et haec est perfecta propriaquae homicidi malitia. Indirecte autem et per accidens homicidium sequitur. Nam in id, quod per accidens sequitur nullo modo fertur voluntas nec derecte nec indirecte.*

[176] Secondo *Covarruvias* chi per esempio intende ferire una persona e cagiona per un colpo più forte la morte è *homicida volontariu*s perché la sua volontà si dirige direttamente al ferimento ed indirettamente a tutte le conseguenze naturali che derivano da esso, concetto che secondo il canonista spagnolo si riconnette direttamente al pensiero di San Tommaso secondo cui il peccato diventa più grave quando da un azione deriva necessariamente o solitamente un evento più grave. Sul pensiero Tomistico vedi, *Supra*, p.30 e ss.

[177] G. DELITALA, *Dolo eventuale, op.cit.*, p.439 definisce le due dottrine, quella di Bartolo e quella del dolo indiretto, due diverse formulazione del medesimo principio. Covarruvias avrebbe dunque posto, accanto alla presunzione su cui si basava Bartolo la regola su cui quella presunzione si edificava. Secondo l'Autore: "*Bartolo*

invece sia di tipo concettuale che sanzionatorio. Mentre i seguaci della *doctrina Bartoli* abbandonarono l'assunto che la volontà dell'offesa è la sola causa di imputazione, la dottrina del *dolus indirectus* cercò di conciliare il risultato con il principio che solo l'offesa voluta è da imputare all'agente. Quanto al profilo sanzionatorio, mentre per la dottrina italiana la responsabilità sulla base della dottrina di Bartolo avrebbe richiesto l'applicazione della pena ordinaria, secondo Covarruvias la volontà indiretta avrebbe fondato un grado minore di colpevolezza e di conseguenza avrebbe potuto comportare solamente una pena straordinaria. Da qui nasce presumibilmente l'idea secondo la quale il dolo eventuale sia la forma meno grave del dolo perché caratterizzato da una volizione che, essendo indiretta, è caratterizzata da una minore intensità e, conseguenzialmente, da un deminuto disvalore penalistico[178].

- 8) <u>L'evoluzione del concetto di dolo nella dottrina tedesca: la teoria del *dolus indirectus*</u> di Carpzov, la *praesumptio doli* di Feuerbach, il *dolus ex re* di Weber.

Una riprova di come le esigenze probatorie di accertamento e dimostrazione dell'elemento soggettivo doloso abbiano sempre esercitato una notevole influenza sul modo di concepire e di ricostruire dogmaticamente la categoria concettuale sotto il profilo sostanziale è riscontabile anche nell'analisi della dottrina tedesca e di come questa si sia evoluta, parallelamente alla dottrina italiana, per far fronte alle medesime motivazioni pratiche[179].

Nel diritto germanico la *Constitutio Criminalis Bambergensis* del 1507, e la *Carolina* del 1532 rappresentarono il punto di svolta per il passaggio da una considerazione per lo più oggettiva del fatto a un primo riconoscimento espresso del principio di colpevolezza. In particolare l'ultima delle due fonti indicate limitò la punibilità esclusivamente al fatto voluto senza tuttavia precisare in alcun modo in cosa tale volontarietà consistesse. La teoria del dolo

---

diceva: le conseguenze prevedibili sono da imputarsi a titolo di dolo, sottintendendo che debbono imputarsi a titolo di dolo, perché, essendo prevedibili, devono essere state previste, e, essendo state previste, devono essere state volute. Covarruvias, invece, dice più semplicemente che le circostanze prevedibili possono riportarsi anche esse alla volontà dell'agente perché la volontà della causa è anche, direttamente o indirettamente, volontà del risultato". Critica, tuttavia, che può essere altresì rivolta a quanti, con la teoria dell'accettazione del rischio attribuiscono rilevanza a tale concetto anche nel dolo, mentre, invece, esso è connaturale alla Colpa. Su tale ultimo tema: L. EUSEBI, *il dolo come volontà, op.loc.ult.cit.*, A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza, op.cit.*, p.322; ID, *Diritto Penale, Pt.Gen., Il Reato*, Milano, 2007, II, V, 2.1.

[178] Sul tema vedi, *infra*, cap.II°, §4.

[179] L'analisi dell'evoluzione stoica del concetto sin qui compiuta ci mostra come per agevolare la prova del dolo si possano adottare tre differenti strategie argomentative: *in primis* si può rinunciare direttamente al dolo ed accontentarsi della responsabilità oggettiva; in secondo luogo si può operare direttamente sul concetto di dolo allargando la base del concetto romanistico di dolo intenzionale e dunque sfumandone i confini, si realizza così un oggettivizzazione del concetto che non richiede di realizzare alcuna semplificazione in campo processuale; da ultimo si può riportare il dolo al suo alveo romanistico originario aggirandone le conseguenti difficoltà probatorie mediante l'introduzione di apposite presunzioni di dolo.

sarebbe stata qui dominata per circa duecento anni dalla dottrina del *dolus indirectus* elaborata da Carpzov (1595 – 1666) sulla base dei postulati posti da Covarruvias, teoria secondo la quale dovevano ritenersi dolosi non solo gli effetti collaterali della propria condotta criminosa, ma anche, trattandosi di un fatto illecito, tutti gli ulteriori effetti che, pur non essendo stati considerati, avrebbero dovuto essere presi in considerazione da parte del'agente o almeno avrebbero potuto esserlo[180].

Carpzov si rifaceva quasi testualmente allo schema logico elaborato da Covarruvias discostandosene per seguire la Doctrina Bartoli solamente per quanto riguardava la disciplina della sanzione da infliggersi a chi avesse agito con dolo indiretto; sanzione che non sarebbe dovuta essere in nessun caso *demiuta*, bensì equivalente a quella commessa con il dolo diretto[181]. Con il dolo indiretto, dunque, si finì con il fondere assieme il "*Vorsatzbegriff*" e il "*Vorsatzbeweis*", per pervenire al risultato concreto di superare tutte le difficoltà probatorie di accertamento dell'elemento soggettivo[182].

A tale teoria possono essere mosse le stesse critiche che oggi si rivolgono alla odierna tecnica di accertamento del dolo, vale a dire quella di riecheggiare la *doctrina Bartoli* ritenendo provata l'effettiva previsione da parte dell'agente sulla base della rappresentazione potenziale di quanto dovrebbe essere normalmente prevedibile, il che significa distruggere lo spartiacque tra dolo e colpa è accettare una sostanziale oggettivizzazione del concetto di

[180] Afferma infatti Carpzov che: "*Voluntarie quoque occidere videtur non solum is, qui animus habet occidendi, se qui vulnerando causam mortis praebeat*". Da ciò segue che "*duplicem esse voluntatem committendi omicidi, directam et indirectam*": pertanto agisce con dolo diretto: "*qui occidendi animo aliquem aggreditur*", mentre con dolo indiretto "*quis vulnus infligit ex quo immediate sequitur homicidium*". In questo modo la teoria del *dolus indrectus* equiparava il dolo d omicidio al dolo di lesioni sulla base della considerazione che la ferita avrebbe potuto portare per potenzialità intrinseca alla morte. (Sul tema E. SCHMIDT, *Die Carolina*,in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsge-schichte, germaniche Abteilung*, 1933, p.117, e G. JAKOBS, *Zeitschhrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*). Carpzov, dunque, formulò la teoria del dolo indiretto per potere impedire al reo di eccepire, dopo la morte dell'aggredito, che egli aveva voluto solamente ferire la vittima. Infatti: "*verisimiliter aut cogitavit vel cocogitare potuit, aut saltem cogitare debebat*". In argomento si veda anche S. MOCCIA, *Carpzov e Grotio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, ristampa, 1988.

[181] Tale sottolineatura, ci consente di rilevare come, sin dagli albori del concetto di dolo eventuale, o indiretto che dir si voglia, venne subito a porsi il problema della sua graduabilità sanzionatoria e se, più precisamente, esso dovesse rappresentare una forma meno grave di dolo, perché caratterizzato dall'assenza di una volizione direttamente focalizzata sull'evento o, al contrario, se potesse rappresentare una forma parimenti grave del normale elemento soggettivo estrinsecandosi in una volontà talmente pertinace in direzione della realizzazione del fine da essere non curante di qualsivoglia effetto collaterale della propria condotta. Non c'è dubbio, infatti che nella scelta dei fatti da incriminare e quindi nella decisione dell'an della pena, il legislatore si a guidato principalmente da finalità di carattere general-preventivo, quali che siano le valutazioni di carattere etico che a tle scelta possono sottostare. Sul punto S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p.114 e ss; P. NUVOLONE, *L'opzione penale*, in *Ind.Pen*., 1985, pp.241 e ss; C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1992, pp.849 ss. In argomento anche, *infra*, cap.II°, §4.

[182] Cfr. G. JAKOBS, *op.loc.cit*., p.590.

dolo[183]. Una rivalutazione della teoria di Carpzov è stata di recente oggetto di attenzione da parte di alcuni esponenti della dottrina tedesca quali Jakobs e Puppe[184]. Si ritiene infatti che nella dottrina dello studioso tardo rinascimentale vi sarebbe un passaggio particolarmente apprezzabile, consistente nel riconoscimento di una sostanziale "*indifferenza*" da parte dell'agente nei confronti della vittima: più specificatamente una noncuranza per il fatto concreto riferita al possibile verificarsi dell'evento più grave di quello voluto.

Dopo Carpzov la dottrina del dolo indiretto venne progressivamente ad orientarsi in direzione del concetto di dolo eventuale. Ciò sarebbe avvenuto quando si sarebbe iniziato a ravvisare l'essenza del dolo indiretto nell'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento: perché un evento non preso di mira dall'agente gli fosse imputato a titolo di dolo non sarebbe stato sufficiente che egli avesse voluto la causa che lo aveva determinato, come pensavano Covarruvias e Carpzov, ma sarebbe ulteriormente occorso che egli avesse consentito alla eventualità del suo verificarsi. Le esigenze di semplificazione probatoria, però, dominarono anche in questo contesto, infatti il consenso, e dunque la volontà, anche in questo caso non doveva essere provato, ma automaticamente inferito dal fatto che l'evento fosse stato preveduto[185].

Dopo un lungo predomino nella teoria e nella prassi, alla fine del diciottesimo secolo la teoria del dolo indiretto iniziò progressivamente la sua decadenza. Nel momento in cui cominciava ad affermarsi con forza il principio secondo il quale fosse meglio che un soggetto incolpevole andasse esente da pena che non cento colpevoli vi fossero assoggettati, doveva necessariamente crollare una dottrina del dolo che non poggiava realmente su di una interpretazione del concetto di volontà, ma era nata dall'esigenza politico-criminale[186] di una

---

[183] In tal senso G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità oggettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2003, p.363 e ss.

[184] Cfr:. G. JAKOBS, *op.cit.*, 2002, p.590-591; I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *Zeitschhrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*,1991, p.26.

[185] Secondo G. DELITALA, *Dolo eventuale, op.cit*., p.440-441, alla radice di questa costruzione del dolo vi sarebbe la teoria elaborata da Cristiano Wolff (1679-1754) nella sua *Practica Philosophica universale*. Secondo Wolff, l'agente, prevedendo la possibilità di un risultato diverso e più grave dovrebbe astenersi dal compiere l'azione. Se la compie significa che il suo animo non rifugge al risultato. Pertanto anche questo risultato deve considerarsi volontario perché la situazione, di fatto, pone l'agente di fronte all'insormontabile dilemma di dover rinunziare all'azione o volere, compiendo l'azione tutte le conseguenze previste e possibili dell'azione medesima. Questa evoluzione del dolo indiretto in direzione del dolo eventuale, postula il riconoscimento di una sorta di dolo di pericolo, a tutt'oggi funzionale a chi procede ad una normativizzazione del concetto di dolo come ad esempio I. PUPPE, *op.loc.cit.*, p.23 ss.

[186] Sul tema della politica criminale e i come questa abbia sempre operato nell'ambito della scienza penale, e vi continui ad operare tuttora si veda l'accurato lavoro monografico di H. ZIPF, *Politica Criminale*, tr. a cura di A. BAZZONI, in *Criminologia, Politica Criminale, Diritto Penale*, n°1, Milano, 1989.

facilitazione della prova. Esigenza di agevolazione cui era funzionale il concetto di prevedibilità quale contenuto del dolo.

Più in generale gli illuministi rifiutarono l'esasperato ampliamento del concetto di dolo avvenuto in epoca medioevale e in particolare Feuerbach espresse l'esigenza di ricondurre il dolo alla sua matrice originaria di dolo intenzionale[187]. Come sempre, tuttavia, le esigenze probatorie e di natura politico-criminale non consentirono di accontentarsi della forma restrittiva di origine romanistica. Feuerbach, infatti, pur non affiancando al dolo intenzionale altre forme di dolo, fu costretto ad adottare il concetto in un'accezione estensiva; ideando, da un lato il dolo determinato, che si sarebbe concretato allorquando l'evento verificatosi avesse costituito la finalità che aveva indotto all'azione l'agente, dall'altro, (al posto del *dolus indirectus*) il dolo indeterminato, o eventuale, che si sarebbe perfezionato quando l'autore fosse stato alternativamente orientato a più violazioni del diritto[188] rimanendo indifferente a quale di queste violazioni ulteriori si sarebbe realizzata, perché sempre in dolo in riferimento a quella effettivamente realizzatasi[189]. In tal modo egli ritenne di rispettare l'idea romanistica ideando solamente delle forme di dolo che fossero contrassegnate dall'intenzione.

Egli trasferì invece dal dolo alla colpa (la cosiddetta *culpa dolo determinata*) l'imputazione degli eventi non intenzionali conseguenti ad un azione in origine dolosa, prevedendo l'accertamento di tale forma di colpa mediante i canoni della previsione e della prevedibilità[190]. Tale teoria avrebbe avuto un'importanza fondamentale sulla dottrina dei

---

[187] Così E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante, un contributo di diritto comparato*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1979, p.441.

[188] Un'accezione di dolo che pertanto si presenta piuttosto prossima al moderno concetto di dolo alternativo per un approfondimento del quale si rinvia a G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale op.loc.cit*., p.371; M. GALLO, *voce Dolo*, *op.cit.*, p.793 i quali rilevano come, a ben vedere, il dolo alternativo non sia una forma veramente autonoma di dolo bensì rifletta situazioni in cui il soggetto, agendo con dolo diretto od eventuale, si rappresenti come conseguenza del suo agire più eventi tra loro incompatibili. Per una critica all'orientamento giurisprudenziale che tende erroneamente a riportare il dolo alternativo insieme al dolo eventuale in un'unica figura di dolo indiretto: cfr: M. BONAFEDE, *L'elemento soggettivo del reato: la colpevolezza in generale*, in *Giurisprudenza sistematica* a cura di F. BRICOLA e G. ZAGREBELSKY, Torino, 1984, p.275. Vedi anche *infra*, cap.II°, §4.

[189] Come già ricordato da M. FINZI, *"Previsione senza volizione" op.loc.cit.,* p.163 e, *quivi*, nota n°3, A. FEUERBACH, nella *Critica al progetto di Kleinschrod* (*Kritick des Kleinschrodischnen Enwurfes zur einem peinlichen Gesetzbuche fur die Chur-Pfalz Bayerischen Staaten*, p.97, estratto da *Bibliothek fur die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, Göttingen vol.III°, 1804) – allontanandosi alquanto dai concetti esposti nel trattato – imputa l'evento non voluto a titolo di dolo "*so sind ihm auch diese Folgen zum Dolus anzurechnen*", allorché fu previsto come possibile o probabile. Fondamentali per la ricostruzione del pensiero del grande giurista tedesco sono altresì: ID, *Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere*, in *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, Göttingen, vol.II°, 1800. E ID, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, Giessen, 1826.

[190] Ancora: E. DOLCINI, *op.loc.ult.cit.*, pp.765-766.

delitti qualificati dall'evento riportando sotto l'alveo della colpevolezza proprio quei casi il cui difficile inquadramento aveva motivato la creazione di buona parte della teorie medioevali sul dolo, spesso con la relativa imputazione oggettiva delle aggravanti.

La dottrina del dolo di Feuerbach venne accettata, nei suoi passaggi essenziali dalla maggior parte della dottrina, anche se l'accento posto sull'intensità del dolo attraverso il tentativo di recupero dei suoi confini romanistici del dolo intenzionale, si accompagnò alla rinascita delle teorie di presunzione del dolo, giustificate dalle usuali esigenze probatorie e politico criminali[191]; con ciò confermando che la funzione probatoria, quando non può trovare sfogo nel diritto penale sostanziale tramite l'allargamento del concetto di dolo, esercita la sua pressione sul terreno processuale con la *praesumptio doli*[192].

La regola generale della presunzione del dolo sarebbe stata poi codificata nell'articolo 43 del codice penale bavarese del 1813 redatto dallo stesso Feuerbach a norma del quale: "*Quando si deve dimostrare contro una persona un fatto antigiuridico, viene legalmente ammesso che lo stesso ha agito con dolo antigiuridico, a meno che da tali particolari circostanze non risulti la certezza o la probabilità del contrario*". Tale disposizione, tuttavia, venne ad essere interpretata nella prassi come semplice massima di esperienza per la prova del dolo trasformandosi da *praesumptio legis* a *praesumptio hominis,* tale che il rischio della mancata prova di circostanze che lasciassero ragionevolmente supporre una deviazione dal normale corso degli accadimenti ricadesse di fatto sull'imputato[193] .

L'idea della presunzione generale di dolo venne inoltre criticata sia sotto il profilo del fondamento, perché ritenuta avulsa e disancorata dal dato fenomenico della realtà, che sotto il profilo della legittimazione storica, dimostrandone l'estraneità rispetto al diritto romano; lo stesso Feuerbach, in fine, avrebbe espressamene rinunciato all'idea di una presunzione del dolo nella nona edizione del suo manuale di diritto penale del 1826[194].

---

[191] In tal senso: G. P. DEMURO, *Prologomeni, op.cit.*, p.1451.

[192] La presunzione generale di dolo troverà la propria espressione classica nello stesso pensiero del A. FEUERBACH, il quale nel *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 4. Aufl., Giessen 1808, pp. 59-60, già citato in G. P. DEMURO, *Prologomeni, op.cit.*, p.1452, precisa che: "*Poiché nelle azioni umane, la natura dello spirito umano può permettere la spiegazione più immediata dell'intenzione di una persona, deve ritenersi, perciò, che la produzione di un effetto per mezzo di un azione volontaria senza che quell'effetto sia stato scopo della volontà, rappresenti solo un particolare eccezione ad una regola generale: così anche un effetto antigiuridico prodotto attraverso un'azione volontaria deve essere riconosciuto come scopo della volontà, a meno che non si mostrino motivi sufficienti per una eccezione*".

[193] In tema di accertamento del dolo si veda: W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo, op.cit.*, pp.289 e ss; F. MANTOVANI, *Diritto penale, op.loc.cit.*, p.335; M. GALLO, voce, *Dolo*, in *Enc.Giur*., 1992, pp.801 e 802.

[194] Si fa riferimento all'opera: *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, Giessen, 1826.

Abbandonata la presunzione generale del dolo si affermò l'idea che le modalità di commissione del fatto potessero assumere il ruolo di indici rilevatori da soli necessari e sufficienti a rendere dimostrabile la sussistenza del dolo. Partendo da questa idea Von Weber[195] avrebbe ideato la teoria del *dolus ex re* secondo la quale la presenza del dolo sarebbe dovuta essere inferita dalle circostanze concrete dell'agire e non dalla semplice realizzazione oggettiva della fattispecie astratta. Tale dolo si sarebbe avuto in tutti quei casi in cui, pur mancando la confessione del reo, la natura e le modalità della commissione del delitto, unitamente alle circostanze esterne nelle quali si fosse inserita la condotta, avessero portato a riconoscerne la sussistenza.

Nell'ottocento, tuttavia l'orizzonte penalistico sarebbe stato caratterizzato dalla contrapposizione tra teoria della rappresentazione e teoria della volontà che si sarebbero diametralmente contrapposte nell'individuare l'essenza del dolo l'una nella previsione dell'evento e l'altra nella volizione dello stesso. Sarebbe stato con tale contrapposizione che si sarebbe concretato il definitivo passaggio dalla storia del diritto penale ai fondamenti più prossimi della sua attualità.

- 9) <u>Gli scontri dottrinari del tardo Ottocento: Scuola Classica e Scuola Positiva, teoria della volontà e teoria della rappresentazione.</u>

Nell'ambito del pensiero illuministico il processo di modernizzazione del diritto penale sarebbe giunto ad una più compiuta maturazione grazie al fondamentale contributo di pensatori appartenenti a diversi paesi europei quali, in particolar modo, Bentham in Inghilterra, Montesquieu e Voltaire in Francia, Hommel e Feuerbach in Germania, Filangeri e Pangano in Italia[196].

La comune premessa di partenza fu costituita dalle preoccupazioni di razionalizzare il sistema penale allo scopo di renderlo uno strumento utile per prevenire effettivamente il crimine e, simultaneamente, per combattere l'arbitrio giudiziario e mitigare le pene evitando ingiustificabili eccessi di sofferenza ai condannati[197]. Il perseguimento di questi obiettivi

---

[195] Von WEBER, *Ueber die verschiedenen Arten des Dolus, in Neues Archiv des Criminalrecht*, Bd. 7, 1825 pp.549 ss. Già citato da G. P. DEMURO, *Prologomeni, op.cit.*, p.1453 ed *ivi*, in nota n°229, rinvio a J. HRUSCHKA, in *Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes*, in *Gössel-Kaufmann, Strafverfahen im Rechtsstaat*. Munchen,1985, p.197. per la differenza tra *praesumptio doli* e *dolus ex re*.

[196] Cfr: G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale, op.cit.*, p. XVI.

[197] Il quadro delle sanzioni punitive, era caratterizzato da arbitrio, eccesso, crudeltà ed esasperata spettacolarità. Le pene corporali erano ancora largamente dominanti, la loro esecuzione assumeva modalità terroristiche che incidevano in modo ambiguo sul pubblico e sugli spettatori: "*lo splendore dei supplizi*" tendeva ad intimidire,

spiega il prevalente interesse degli illuministi per le questioni di politica criminale[198] e per i problemi di scienza della legislazione: in termini moderni, essi operarono più come politici del diritto e meno come giuristi in senso tecnico[199].

Venendo più direttamente all'analisi della dottrina italiana si è soliti far risalire la nascita della moderna scienza del diritto penale alla cosiddetta Scuola Classica[200], maturata nella seconda metà dell'ottocento ed avente come maggiore rappresentante Francesco Carrara[201].

La concezione del reato come "*ente giuridico*" elaborata da parte della scuola classica avrebbe posto le basi della teoria generale del reato in senso moderno: l'illecito penale sarebbe stato scientificamente studiato non solo come fenomeno empirico, naturalistico e sociale, bensì come ente concettuale che assume specifica rilevanza *sub specie iuris*. In quanto ente giuridico, il reato venne fatto coincidere con un'azione umana che fosse scaturita dalla libera volontà di un soggetto moralmente responsabile e pienamente imputabile. La concezione

---

ma di fatto esercitava anche una forte seduzione. Tra le pene corporali, veniva eseguita in maniera particolarmente crudele spettacolare la condanna a morte per squartamento, preceduta non di rado torture e sevizie. Si veda a riguardo l'opera di M. FOUCOULT, *Sorvegliare e punire*, trad. it., Torino, 1976, pp.5 ss. Quanto al processo penale, questo era dominato dai principi del più rigido modello inquisitorio: segretezza, scrittura e pressoché preponderanza dell'organo di accusa. Per acquisire le confessioni degli imputati, considerata la regina della prova, i magistrati ricorrevano spesso all'uso della coercizione corporale.

198 Sull'influenza delle esigenze di politica criminale sulla interpretazione e sulla dogmatica del moderno diritto penale si vedano: G. ADINOLFI, *I limiti materiali della legalità penale ovvero la necessità di una politica criminale debole*, in *Derecho y Poder*, n°1, 2007, tratto dal sito http://Jurnal.transnational.Justice.com; L. M. PETTOELLO MANTOVANI, *Pensieri sulla politica criminale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol-1°, *Dir.Pen*., Milano, 2000, pp.417 e ss; A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva, aspetti di politica criminale ed elaborazione dogmatica*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.387 e ss; F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, pp.3 ss; G. FIANDACA – E. MUSCO: *Perdita di legittimazione nel diritto penale?*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, pp.23 e ss.

199 I presupposti della riflessione penale illuministica affondano le radici nelle due concezioni che caratterizzarono più in generale la filosofia politico-giuridica dell'epoca: il contrattualismo e l'utilitarismo. Secondo il primo, che assunse da modello teorico del liberalismo classico, le istituzioni statali traggono la loro legittimazione da un accordo liberamente configurato dai privati e sono di conseguenza finalizzate alla salvaguardia dei diritti naturali di ciascun individuo. Dalla matrice contrattualistica derivarono invece precise implicazioni sulla definizione dei fatti di reato soprattutto per quanto attiene al successivo svilupparsi del concetto di tassatività e determinatezza. In ogni caso fu a partire da tale periodo che assunse un ruolo fondamentale il principio di legalità quale irrinunciabile baluardo posto a garanzia della libertà individuale, con innegabili conseguenze sulla concezione della colpevolezza e, correlativamente per la configurazione dell'elemento soggettivo del reato.

200 E' opportuno avvertire subito che questa scuola di pensiero sarebbe stata definita "classica" in un secondo momento allo scopo di contrapporla alla cosiddetta Scuola Positiva, in tal senso M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La "rivista penale", di Luigi Lucchini 1874-1900*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 1987, p.109 e ss.

201 Per una ricostruzione dei vari aspetti del pensiero del grande maestro pisano sull'elemento soggettivo del reato risulta fondamentale la lettura di F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, vol.I°, Lucca, 1870, voce *Dolo*, p. 291 e ss; in argomento anche G. DE FRANCESCO, *La concezione del dolo in Francesco Carrara*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.1351 e ss, ed ampia bibliografia *ivi* riportata. Più in generale sull'elaborazione dottrinale di Carrara si veda: AA. VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, *Atti del convegno internazionale*, Lucca-Pisa, 2-5 giugno, 1988, Milano, 1991.

giuridica del reato della scuola classica sottintende, così, una visione antropologica dell'uomo cara al liberalismo individualistico e tipica, sul terreno filosofico, dello spiritualismo cattolico o idealistico. Ciascun uomo, cioè, sarebbe capace di autodeterminazione responsabile, in quanto dotato di libero arbitrio; il delitto, di conseguenza, non sarebbe mai il risultato delle circostanze del caso e dell'ambiente esterno, ma trarrebbe origine sempre da una scelta individuale colpevole.

In tale contesto, evidentemente, il fulcro dell'elemento soggettivo del reato non poteva che essere individuato nella intenzionalità e nella volizione come elemento preponderante, con l'eccezione principale proprio in riferimento all'elemento soggettivo del dolo eventuale per la configurabilità del quale era ritenuta sufficiente la sola rappresentazione[202]. Di alcun tipo di riconoscimento era invece fatta oggetto la colpa con previsione trovandoci ancora in un contesto storico-sociale in cui la categoria del reato colposo non era ancora assurta al livello di autonomia ed approfondimento che le viene oggi riconosciuto, e che deve le sue

[202] Si è lungamente dibattuto se il pensiero di Francesco Carrara fosse da ricondursi alla schiera dei sostenitori del criterio della rappresentazione o di quello della volontà. Per la seconda delle soluzioni indicate propende G. DE FRANCESCO, *La concezione del dolo in Francesco Carrara*, *op.cit*., pp. 1353-54. Rileva infatti l'Autore che ad un primo approccio parrebbe che Carrara, mentre da un lato affermava che il connotato essenziale del dolo fosse la volontà, dall'altro abbia postulato, in alcuni casi, la sufficienza della mera previsione. Così, quando nelle singole monografie sul dolo (F. Carrara, *Sunto di una lezione sul dolo*, in *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*, 1860, p.161; ID., *Dolo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, *op.loc.ult.cit.*, p.306; ID, *Programma del corso di diritto criminale*, *Parte generale*, vol.I°,1886, p.107, *Parte speciale*, vol.VII°, 1881 pp. 89-119, *Parte speciale*, vol.VII°, 1883, p.375) egli sostenne che nel dolo indeterminato – ritenuto sostanzialmente omologo rispetto alla "*volizione indiretta positiva*" e cioè al dolo eventuale – "*il soggetto previde ma non volle il risultato*", avrebbe spezzato una lancia a favore della teoria della rappresentazione pur avendo aderito in linea di principio ad una concezione del dolo come volontà. Ad una analisi più approfondita, tuttavia, appare evidente come l'Autore abbia accolto l'accezione volontaristica anche in riferimento alla ricostruzione del dolo eventuale: Carrara asserisce più volte che tale forma di dolo si configura allorché l'agente abbia accettato il rischio dell'evento, abbia perseverato a costo di realizzarlo, non si sia lasciato distogliere dalla previsione della possibilità concreta della sua verificazione, e così via dicendo, (cosi: Carrara, *Dolo*, *op.cit*., p.313; *Programma parte speciale*, vol.I°, *op.cit*., p.119; *Programma, parte generale, op.cit*., p.124). Quell'atteggiamento volitivo che oggi attribuiamo al dolo eventuale, coincide dunque perfettamente con la sostanza del dato psichico che Carrara considerava caratteristico della cosiddetta "*intenzione diretta positiva*". Concorda sul punto anche G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e Colpa cosciente*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, pp.145 ss, e pp.148 e ss. Per quanto riguarda invece la colpa cosciente è stato affermato che Carrara, disconoscendone l'esistenza, avrebbe esteso l'ambito del dolo a scapito della colpa, ritenendosi che l'autore avrebbe ragionevolmente equiparato la colpa cosciente a quella incosciente. Al più le sue affermazioni hanno fornito lo spunto per ricostruzioni volte a sottolineare come alla colpa cosciente debba essere riservato un ambito estremamente circoscritto in favore di un più ampio riconoscimento ora della colpa incosciente ora dello stesso dolo eventuale. Cosi: M. GALLO, *Il dolo, oggetto l'accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-52, *op.cit*., pp.222 e ss; G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, *op.loc.cit.*, pp. 448 e ss. Secondo De Francesco, tuttavia, non fu un'incuranza di Carrara, o una sua insicura adesione alla teoria della volontà ad indurlo ad una sostanziale negazione della colpa cosciente, ma il contesto sociale in cui questi operava, cui si deve imputare l'assenza di una matura consapevolezza delle tipologie strutturali del reato colposo. (in tal senso, *La concezione del dolo*, *op.cit.*, p.1364). Sul finire del 1800 le sue affermazioni erano perfettamente coerenti, e le ipotesi da lui formulate senza dubbio riconducibili alla sfera della colpa incosciente. Da questo punto di vista l'accusa di aver ampliato eccessivamente alla sfera dell'imputazione dolosa è destinata pertanto a ricevere un'ulteriore smentita. Carrara aveva ben chiaro quali fossero i confini concettuali del dolo e non pensava affatto di ricondurvi quelle forme di previsione dell'evento oggi pacificamente ricomprese nella sfera del reato colposo.

fortune al progressivo affermarsi della necessità di regolamentare e disciplinare le attività intrinsecamente pericolose, anche qualora risultino socialmente utili e, quindi, di per se lecite[203].

Sempre sul terreno della teoria del reato va ascritta al merito del Carrara la scomposizione strutturale dell'illecito penale in un elemento oggettivo o materiale (*forza fisica*) e in un elemento psicologico (*forza morale*) secondo un modello analitico che avrebbe anticipato la teoria bipartita del reato[204].

Nell'ultimo trentennio del secolo Diciannovesimo sorse in Italia un originale movimento di pensiero che rivoluzionò il modo di concepire il reato e l'intero diritto penale: la scuola positiva, avente i suoi maggiori esponenti in Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo[205]. Tale scuola di pensiero trasse la sua aspirazione più generale dalla filosofia positivista europea del secondo ottocento, dando vita e sostegno al positivismo criminologico che postulava l'applicazione dei principi generali del positivismo filosofico anche al campo specifico del diritto penale e della criminologia. Ciò mutò completamente la prospettiva del reato ed esso venne ad essere concepito non più come un ente concettuale avente un'essenza giuridica e costruito secondo i fondamenti naturalistici del principio di ragione, bensì, come fenomeno naturale, bio-psicologico[206] e sociale: cioè come azione reale

---

[203] In tal senso G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, pp.2 ss.; G. DE FRANCESCO, *op.loc.ult.cit*., pp.1362-1363.

[204] Evidenzia in particolar modo come la teoria bipartita trovi il suo precedente storico nella scomposizione Carrariana del reato F. MANTOVANI, *Diritto penale, op.cit.,* p.109. Volendo realizzare una rapida ricognizione della panoramica dottrinaria in tema di struttura del reato si può evidenziare che tra i seguaci della teoria tripartita del reato figurano: Delitala, Maggiore, Petrocelli, Alimena, Bettiol, Vassalli, Romano, Fiandaca-Musco, Padovani, Riz, Fiore. Per una quadripartizione con l'aggiunta dell'elemento della punibilità: Marinucci – Dolcini. Seguono la bipartizione: Manzini, Florian, Paoli, Santoro, Ranieri, Antolisei, Pisapia, Nuvolone, M. Gallo, Pagliaro, Marini, Fiorella, Caraccioli. Per una rivisitazione critica, anche alla luce della più recente evoluzione della dogmatica tedesca, dei profili sistematici rispettivamente connessi alla tripartizione ed alla bipartizione degli elementi costitutivi del reato: M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p.197 ss; ID, *voce Teoria del reato*, in *Dig.disc.pen*., vol.XIV°, Torino, 1998, p.22.

[205] Per un approfondimento generale sul tema, con particolare attenzione alla realizzazione di un bilancio critico dell'influenza della Scuola Positiva sulla cultura penalistica italiana, si rinvia a: A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966; G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in AA.VV., *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano, 1985. Per una ricostruzione dei presupposti storici: M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, 1883-1912, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1975, pp.557; ID., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, Stato e cultura giuridica dall'Unità alla Repubblica, a cura di A. SCHIAVONE, Bari, 1990, pp. 147 ss.; M. SBRICCOLI, *Caratteri originali e permanenti nel sistema penale italiano* (1860-1990) in *Storia d'Italia*, Annali, n°12, *La criminalità*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1997, pp.487 e ss. Quanto al pensiero di Cesare Lombroso: R. VILLA, *Il deviante ed i suoi sogni. Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milano, 1985, *passim*.

[206] Particolarmente prossimo ad alcune delle posizioni positiviste appare oggi il grande dibattito sulla rilevanza delle neuroscienze che, partendo dal mondo anglosassone si sta progressivamente estendendo alla dottrina continentale. Si veda sul punto tra i più recenti contributi: A. SANTOSUOSSO, (a cura di) *Le neuroscienze e il*

di un uomo concreto, esposto alla contemporanea influenza di fattori fisici, antropologici e sociali.

Questi eterogenei condizionamenti avrebbero spinto l'uomo sino al punto di annullare la libertà del suo volere: l'uomo delinquente non sarebbe stato libero di scegliere tra il bene al male, ma sarebbe stato determinato dal delitto in forza di una legge di casualità naturale che lo costringe a compiere il reato. Il libero arbitrio fu considerato come un'illusione metafisica, che, una volta smascherata, faceva apparire illusori anche il principio della responsabilità morale, l'idea di colpevolezza come rimprovero e la concezione retributiva della pena. A questi capisaldi del diritto penale classico subentrarono i concetti positivistici della pericolosità sociale e della reazione penale quale strumento di difesa sociale[207].

In questa prospettiva il diritto penale acquisì la tendenza a trasformarsi in uno strumento di profilassi sociale la cui attenzione veniva ad incentrarsi soprattutto sulla personalità del reo e sulla classificazione tipologica delle varie specie di uomo delinquente[208]. La considerazione dell'elemento soggettivo, ovviamente, venuta meno la centralità della volizione, sin anche all'interno della colpevolezza, non poteva che essere in tale ambito orientata in direzione della rappresentazione degli effetti antisociali della condotta, contesto in cui finivano per risultare immancabilmente commisti i concetti del dolo eventuale e della colpa cosciente, essendo valutabile la previsione dell'evento come indice rivelatore della maggiore pericolosità sociale dell'agente che si era dimostrato risoluto all'azione pur avendone previsti gli eventi ad essa correlati.

Come il dibattito generale della dottrina italiana venne ad essere polarizzato sulle posizioni contrastanti di positivisti e sostenitori della scuola classica, così le teorie relative all'elemento psicologico del reato vennero sostanzialmente ad assumere, tanto in ambito nazionale quanto presso la dottrina tedesca, una sostanziale bipartizione tra teoria della rappresentazione e teoria della volontà[209].

---

diritto, in *Questione Giustizia*, 2009; ID, *Il dilemma del diritto di fronte alle neuroscienze*, in *Atti del convegno "Le neuroscienze e il diritto"*, Milano, 19 Dicembre 2008, p.11 e ss; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, Bioetica e Neuroetica*, Torino, 2009, p.183 e ss; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Università di Trento, 2006; L. SAMMICHELI – G. SARTORI, *Neuroscienze ed imputabilità*, 2008, tratto dal sito: *http://www.personaedanno.it;* AA.VV, *Manuale di neuroscienze forensi*, a cura di A. BIANCHI, G. GULLOTTA, G. SARTORI, Milano, 2009, *quivi*, in particolare, G. GULLOTTA, *La responsabilità penale nell'era delle neuroscienze*, cap.I°, pp. 3-15.

[207] In tal senso, cfr.: G. NEPPI MODONA, *op.loc.ult.cit.*, p. 96.

[208] Ancora R. VILLA, *Il deviante e i suoi segni. Op.loc.cit.* pp.147 e ss.

[209] Sul finire del 1800, il dibattito dottrinale della dottrina penalistica venne a polarizzarsi sulla contrapposizione tra teoria della volontà (*Willenstheorie*) che poggiava sulla volontà dell'evento, e la teoria della rappresentazione (*Vorstellungstheorie*) che ravvisava l'essenza del dolo nella previsione dell'evento stesso. Come già rilevato da

Oltre alle due dottrine indicate, particolarmente attiva nell'animare il dibattito dogmatico era anche la teoria dell'intenzione.

Muovendo dalla premessa generale che l'azione non è che un mezzo per uno scopo e che il vero oggetto cui mira la volontà è un risultato esteriore, tale ultima scuola di pensiero ravvisò l'essenza del dolo nella volontà diretta a cagionare l'evento, come fine ultimo o come mezzo necessario per conseguirlo. Come già antecedente rilevato, sin da quando la nozione realistica del dolo si era staccata da quella civilistica, (che, in quanto incentrata sull'inganno e sulla malizia, era apparsa inadeguata rispetto alla disciplina dei reati non fraudolenti) si era individuata la struttura del dolo penale essenzialmente nell'intenzione, cioè nel tendere della volontà verso un determinato risultato[210]. Anche questa teoria, tuttavia, peccava per difetto, non consentendo di comprendere nel dolo i casi che oggi sarebbero ricondotti al dolo eventuale e che la coscienza giuridica dell'epoca riteneva reati dolosi pur mancando l'intenzione dell'evento *strictu sensu* intesa, (così nell'esempio di chi, incendiando la propria casa per lucrare un'assicurazione, sapeva che sarebbe certamente morta bruciata anche una vecchia paralitica che ivi abitava).

Prendendo le mosse dalla dottrina psicologica, (che ebbe molta fortuna alla fine dell'ottocento) per la quale la volontà ha ad oggetto solo il movimento corporeo, esaurendosi nel dare impulso ai nervi motori, mentre il risultato esteriore (*id est* l'evento) può essere solamente previsto, la teoria della rappresentazione ritenne invece che il dolo consistesse nella volontà della condotta e nella previsione dell'evento.

Nell'intento di enucleare un concerto di dolo comprensivo anche dell'ipotesi dolose non intenzionali, tale teoria peccò tuttavia per eccesso, alterando così i rapporti tra le diverse

---

R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Juristische Fakultät in Giessen*, FS, 1907, pp.544 s, (già citato in G. DE FRANCESCO; *La concezione del dolo in Francesco Carrara* in *Riv.it.dir.proc.pen*, 1988 p.1350), la perenne disputa tra le due teorie si è rivelo spesso affetta da un esasperato nominalismo che fini con arrecare nocumento alla reale comprensione dei fenomeni psicologici caratteristici del dolo, ed avrebbe poi alimentato la successiva contrapposizione tra teoria causale, finalistica e sociale dell'azione, nonché tra colpevolezza in senso psicologico ed in senso normativo. Inoltre la collocazione delle elaborazioni dei singoli studiosi nelle menzionate correnti di pensiero, si rilevò particolarmente ostica poiché i teorici della rappresentazione manifestavano spesso un'insoddisfazione per essa che li poneva alla ricerca di altri coefficienti soggettivi che ne potessero compendiare le lacune, similmente, a parti invertite, facevano i sostenitori della teoria della volontà. Così, nella spasmodica ricerca di tali coefficienti, i rappresentativisti pervennero spesso a formulazioni eclettiche che si discostavano notevolmente alla corrente intellettualistica avvicinandosi ad una concezione volontaristica del dolo e, per converso, i giuristi che professavano tale ultima concezione del dolo, nel ricercare i criteri per stabilire quanto ricorresse la relazione positiva tra la volontà e l'evento, finirono a volte per identificare la volontà medesima in elementi che si inserivano nel processo rappresentativo. In tal modo, i termini di volontà e rappresentazione assunsero un'elasticità che ne oscurò il significato e permise che si qualificassero come teorie fondate sulla volontà certe concezioni che, sostanzialmente, escludevano il postulato di un concreto atto di volizione diretta al confine della nozione di dolo. Sul punto, ampiamente: A. DI LORENZO, *I limiti tra dolo e Colpa, Napoli*, 1955, pp.79 e ss. Vedi anche, *infra*, Cap.II°,§2.

[210] Vedi, *supra*, cap.I°, §2.

forme di colpevolezza, e dilatando oltre misura l'ambito del dolo fino a comprendervi quei casi che non solo la comune coscienza giuridica, ma anche il diritto positivo, indicano oggi come casi di colpa con previsione e che vanno moltiplicandosi con l'accrescersi delle moderne attività pericolose[211].

Lo spostamento del fulcro del dolo sul momento rappresentativo e il ridimensionamento di quello volitivo è stata, ed è tuttora, una tendenza dottrinale presente con particolare costanza nella recente dottrina tedesca, e presenta alla base le consuete motivazioni storico-giuridiche, cioè: la difficoltà di prova della volontà che si presenta ben maggiore rispetto alla possibilità di prova della rappresentazione; la maggiore facilità di un'imputazione del reato a titolo di dolo sulla base della consapevolezza da parte dell'agente della pericolosità oggettiva di certe condotte, anziché la piena volizione dell'evento; le esigenze di una maggior prontezza repressiva fornita dal prevalere del momento rappresentativo, specie di reati produttivi di particolare allarme sociale; l'asservimento della colpevolezza alle esigenze preventive anziché garantiste[212].

Per superare i difetti e gli eccessi delle dette teorie fu elaborata la teoria della volontà secondo la quale, privilegiando l'elemento volitivo del dolo, si ritenne che potessero costituire oggetto della volontà non la sola condotta, ma anche i risultati materiali e giuridici della stessa, dunque, in buona sostanza, l'evento tipico[213] .

- 10) <u>La soluzione sincretistica adottata da Rocco nell'orizzonte tecnico giuridico ed il mancato recepimento del dato testuale del nuovo codice</u>.

Al genio giuridico di Arturo Rocco ed al diffondersi del metodo tecnico giuridico[214] da questi sostenuto, va dunque riconosciuto il merito di aver saputo trovare, se pur con tutti i

---

[211] Così: F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Generale*, 4^ed., Padova, 2001, p.322; più ampiamente sul tema: L. EUSEBI, *Il dolo o come volontà*, Brescia, 1993, *passim*.

[212] Sul punto: G. FIANDACA - E. MUSCO., *op.loc.ult.cit*; F. MANTOVANI, *op.loc.ult.cit.*

[213] Cfr: F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 4^ed, Padova, 2001, p.324; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale, op.loc.cit*. p.353. Vedi, infra, cap.II°,§4.

[214] Tale indirizzo risentiva in modo manifesto delle concezioni giuspositivistiche che già si erano consolidate in Germania soprattutto per opera di Karl Binding. Il manifesto programmatico del nuovo indirizzo è usualmente individuato nella prolusione al corso di diritto e procedura penale tenuta da Arturo Rocco il 15 gennaio 1910, all'Università di Sassari (edito con il titolo: *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, poi edito in *Riv.it.dir.pen.*, I, 1910, p.497-582). Il monito rivolto al giurista in quanto tale è di rifiutare di dibattere fondamenti extragiuridici del diritto penale, per limitarsi allo studio tecnico delle norme penali vigenti. La scienza del diritto si deve "*limitare a studiare il delitto e la pena sotto il lato puramente e semplicemente giuridico, cioè come fatti giuridici di cui uno è la causa e l'altro è l'effetto o la conseguenza giuridica, lasciando ad altre scienze, e precisamente all'antropologia ed alla sociologia criminale, la cura speciale di studiarli*" […]

limiti che qualsivoglia intento definitorio è destinato inevitabilmente ad incontrare nel mondo giuridico[215] e nel diritto penale in particolar modo, una definizione dell'elemento soggettivo doloso idonea a fondere insieme ecletticamente tutti gli elementi nodali fatti propri dalle teorie tra loro in disputa, qualificando normativamente[216] nell'art.43 c.p., il delitto doloso come un delitto secondo l'intenzione in cui l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto, come conseguenza della sua azione od omissione.

"*Questo dunque è principalmente, se non esclusivamente, il compito e la funzione, della scienza del diritto penale: l'elaborazione tecnico-giuridica del diritto penale positivo e vigente, la conoscenza scientifica e non semplicemente empirica, del sistema del diritto penale quale è in forza delle leggi che ci governano*". A. ROCCO, *Il problema e il metodo, op.loc.ult.cit*., p.516 e 521. La prospettiva metodologica del tecnicismo ha avuto lunga vita ed è riuscita a dominare sostanzialmente incontrastata fino alle soglie degli anni sessanta. Sul punto G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, op.loc.cit.,* p.XXXIII.

[215] Si veda in argomento: A. CADOPPI, a cura di, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Omnis definitio in iure pericolosa*? Padova, 1996. Titolo del testo chiaramente ispirato al famoso frammento di Giavoleno in, Digesto 50, 17, 2002, che pero si riferiva al diritto civile. Sull'utilità delle definizioni normative in riferimento ai problemi che aveva suscitato la dizione adottata dall'art.45 del codice Zanardelli venne a pronunciarsi anche A. ROCCO che, nei *Lavori preparatori*, p.139 in risposta all'interrogativo formulato dal commissario Longhi circa la pericolosità delle definizioni precisò che non si possono abolire le definizioni legislative perché non se ne può fare a meno sottolineando come: " *l'articolo 45 del codice Zanardelli ha creduto di cacciare le definizioni dalla porta, ma esse sono rientrati dalla finestra della parte speciale, ove la colpa, per esempio, è definita in ogni momento; ed allora è meglio definirla una volta per sempre, perché, quando l'abbiamo definita una volta, si saprà cos'è e non occorrerà più riprenderlo nella parte speciale. Si dice che è meglio riservare le definizioni alla dottrina e alla giurisprudenza, perché vi è il vantaggio che, se si sbaglia, si può correggere, mentre se il legislatore sbaglia non si può correggere. Ma per converso, c'è il vantaggio della certezza*".

[216] Sull'utilizzo dell'aggettivo "*normativo*" è particolarmente importante sottolineare come lo stesso sia differentemente utilizzato nel dibattito penalistico per indicare concetti e categorie dogmatiche spesso differenti *idem* dicasi per il predicato "*normativizzazione*". Il vocabolo "*normativo*" è in una prima accezione utilizzato in senso prettamente testuale per indicare una specifica disciplina o definizione incarnata da una norma. Si può così dire che il codice penale italiano, definendo il dolo all'art. 43 c.p., ha voluto dare una precisa descrizione normativa dello stesso nel diritto positivo, vincolando cosi alla lettera della norma gli interpreti e i destinatari della disposizione, diversamente da quanto avviene nel diritto tedesco (sul punto vedi G. FORNASARI, *Principi del diritto penale tedesco, op.loc.ult.cit., passim).* Il termine "*normativo*" e la correlativa attività di "*normativizzazione*", tuttavia, è abitualmente utilizzato, specialmente nella dogmatica, anche nella stessa accezione d'uso della *Normativierung* tedesca per indicare una tendenza interpretativa del dolo che si pone in antitesi rispetto alla concezione psicologica del medesimo adottata da nostro codice penale. (In argomento F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, *op.loc.cit*., p.10 e nota 16; C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?* In *Riv.it.dir.proc.pen*., 2000, pp.1269-1270; A. PAGLIARO, *Discrasie, op.loc.ult.cit*). Secondo tale teoria, che utilizza il termine "*normativo*" nella stessa accezione fatta propria dalla teoria normativa della colpevolezza e nella costruzione dogmatica del concetto di colpa, il dolo consisterebbe in un elemento del giudizio normativo di colpevolezza e non in un reale elemento psichico che denota la *suitas* della condotta e dell'evento rispetto all'agente. Dunque, non ciò che l'agente ha psichicamente preveduto e voluto in concreto, ma ciò che avrebbe dovuto o potuto prevedere secondo il diritto. Sul punto, di recente, anche G. P. DEMURO, *Prologomeni, op.cit*., il quale ritiene che tutta l'analisi storica del dolo rivela come la sua evoluzione abbia sempre oscillato tra soggettivizzazione e normativizzazione e sia stata sempre caratterizzata da un continuo attacco alla sua dimensione soggettiva e più genuinamente psicologica, per rendere il concetto più facilmente dimostrabile in sede processuale. Così anche G. LUNGHINI, *problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol.I°, Milano, 2006, p.409. Vedi anche, infra, considerazioni conclusive, §1.

Proprio perche la definizione legislativa del dolo costituì una sorta di formula di compromesso, con la quale i redattori del codice si sforzarono di conciliare le teorie allora dominanti della "intenzione", della "rappresentazione" e della "volontà"[217], non sorprende troppo che tale formula definitoria abbia finito (per arbitrio o per strumentalizzazione) per essere considerata come sostanzialmente non vincolante sul duplice terreno della successiva elaborazione scientifica e della prassi giudiziaria[218]. Come se ciò non bastasse essa si presentava come particolarmente innovativa ed in netta rottura con quanto era antecedentemente indicato nel codice Zanardelli, il quale, in continuità con i dettami della scuola positiva e con il pensiero di Carrara, non contemplava un definizione tanto ampia del dolo e della colpa facendo genericamente riferimento alla volizione del fatto costituente il delitto senza specificare se questo facesse riferimento alla condotta, all'evento o ad entrambi[219]. Inoltre il codice antecedente al 1930 non prevedeva affatto l'istituto della colpa

[217] E. MORSELLI, *Coscienza e volontà nella teoria del dolo, op.loc.cit*.

[218] Così, testualmente, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.loc.cit*., p.354. Indicativo, tra l'altro, della bontà di tale costatazione è l'esame della manualistica del diritto penale che fu edita successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice, in particolare a soli 4 anni dall'approvazione del Progetto, E. FLORIAN, in *Parte Generale del Diritto penale*, 4^ed., Milano, 1934 p. 465, dava espressamente atto della sussistenza del dolo eventuale precisando: " *Molto importante è il dolo eventuale, in cui il risultato si presenta alla coscienza dell'agente come possibile, ma ciò malgrado l'azione è da lui commessa e l'evento voluto. Qui il dolo è ai confini della colpa cosciente; ma il delitto è pur sempre doloso*". Concetto che era completato a p.486 rilevando che "*La colpa cosciente si compendia in una previsione dell'evento, senza volerlo; il dolo nella previsione dell'evento con la volontà di produrlo. La più prossima forma di dolo, a cui questa più grave specie di colpa si accosta, è il dolo eventuale, dal quale però si differenzia del senso, che in entrambi i casi l'evento è bensì nella coscienza dell'agente avvertito come possibile, ma nel primo è desiderato, del secondo deprecato, colla speranza, anzi e colla fiducia che non si avveri*.". Si sarebbe successivamente dovuto attendere solamente il 1967 per avere una prima negazione dottrinaria del dolo eventuale, rimasta, però lungamente isolata in dottrina e tuttora minoritaria, tale posizione fu sostenuta con lucidità da R. PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale*, 4^ed, I, *Parte generale*, Torino,1967, che a p.437 preciserà "*Senonchè sul concetto di dolo indeterminato (o eventuale) sono da fare molte riserve, tale da indurre a escludere che si possa, in proposito, parlare di dolo*".

[219] Particolarmente rilevante è un breve panorama del concetto di dolo elaborato da F. CARRARA, per il quale si rinvia *ad Opuscoli, op.loc.lt.cit*. Per Carrara, prima, e Zanardelli, poi L'essenza del dolo consiste nella volontà della condotta e nella coscienza della antigiuridicità, *id est* nell'intenzione realizzare un atto che si conosce contrario alla legge. L'oggetto del dolo è l'azione che deve essere cosciente e volontaria, per questo il dolo eventuale, (alias indeterminato o indiretto) è legittimo, perché voluta la condotta si può pacificamente ritenere che ne siano volute tutte le potenziali conseguenze, specie se prevedute come statisticamente probabili. La volontà è riferita all'atto, "*il dolo è quello che fa passare l'agente dallo stato generale di imputabilità allo stato speciale di imputabilità per quel determinato fatto, in quanto la sua potenza si è in atto esercitata rapporto all'azione criminosa cui si determinava con volontà illuminata*". Centro del dolo è l'intenzione e non la coscienza, l'intenzione come atto di volontà. Quanto al dolo eventuale e alla colpa cosciente Carrara identifica il dolo eventuale con il dolo indeterminato specificando (p.306 *op.cit*.) che è tale il dolo "*dal quale è informato l'uomo che si è diretto ad un fine pravo, prevedendo ancora che dai suoi atti possa derivarne un evento più grave, ma senza desiderare e volere codesto effetto: anzi sperando che non accada*". "*questa fase speciale dell'animo malvagio non può equipararsi alla colpa: perché la colpa suppone che l'evento non siasi preveduto. Ma è uno stato intermedio tra il pieno dolo e la piena colpa; che appartiene però sempre alla specie del dolo, per la volizione del mezzo con la previsione dell'effetto più grave. Nel dolo indeterminato l'ha preveduto ma non lo ha voluto: nella colpa non l'ha né preveduto né voluto; e soltanto lo poteva prevedere*". In conclusione, per Cararra il dolo era riferito alla volizione dell'azione e la previsione era completamente estranea alla colpa. ID. p.313: "*non si può riferire alla colpa la preterintenzionalità, perché della colpa la imprecisione costituisce la*

con previsione, che come visto, era spesso esclusa anche dalla dottrina[220], riconducendo la previsione dell'evento esclusivamente alla dimensione dolosa anche se indiretta. Impostazione che avrebbe lungamente condizionato la *forma mentis* degli interpreti anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice ostacolandone la retta comprensione[221] .

Eppure il pensiero di Arturo Rocco e l'interpretazione autentica dell'art. 43 c.p. (nel suo combinarsi con le altre disposizioni codicistiche, ed in particolar modo con gli articoli 42 e 85) dal medesimo fornita ed argomentata in sede dei lavori preparatori[222], non lasciava spazio ad alcun dubbio interpretativo e a nessun *escamotage* ermeneutico.

---

essenza. Ed è impossibile a dirsi che chi bastona un nemico, benché senza intenzione di ucciderlo, non abbia preveduto che ne potesse seguire la morte. È più genuino ritenere che previde cotesto rischio: ma dominato dalla passione volle correre il rischio medesimo. E sebbene ei propriamente non desiderasse quella morte che cagionò, pure amo meglio esporsi al pericolo di recar morte, anziché lasciare senza sfogo lo sdegno che lo eccitava ad offendere". Per Rocco invece l'oggetto del dolo sarebbe divenuto il fatto tipico nel suo complesso e, dunque l'evento in senso giuridico riferito sia alla condotta che al suo risultato. Il dolo eventuale sarebbe stato espressamente disconosciuto, sostituito da fattispecie esplicitamente previste quali la preterintenzione, i reati aberranti, la morte come conseguenza di altro delitto, ecc; La colpa con previsione, da ultimo, espressamente riconosciuta come aggravante, nell'articolo 61, n°3 del c.p.

[220] Vedi *supra*, per le posizioni di Carrara, nota 144.

[221] L'art. 45 del codice Zanardelli, pur rappresentando il primo testo di legislazione penale dello Stato unitario elaborato nei principi dello Stato liberale, non distingueva affatto il dolo dalla colpa in maniera espressa demandando sostanzialmente il compito all'attività interpretativa della dottrina e della giurisprudenza. Lo stesso disponeva: "*Nessuno può essere punito per un delitto, se non abbia voluto il fatto che lo costituisce, tranne che la legge lo ponga altrimenti a suo carico, come conseguenza della sua azione od omissione*", il secondo comma si disciplinava l'elemento soggettivo delle contravvenzioni. La dottrina, dunque, partendo da tale disposizione, era solita affermare l'inesistenza della colpa con previsione e l'esistenza del dolo indiretto o *determinatur ab exitu*, sostanzialmente equivalente all'odierno dolo eventuale, il quadro degli elementi soggettivi era completato dalla preterintenzione e dalla colpa nella sua accezione base. Illuminanti a riguardo sono le riflessioni di L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, 3^ed, parte I, Milano, Roma, Napoli, 1911, p.109 ss. Che in riferimento all'art. 45 precisava: "*la prima parte della regola dettata nell'articolo 45 per i delitti riguarda il dolo e per la responsabilità in linea di dolo stabilisce la condizione che il colpevole abbia voluto il fatto costituente il delitto. Nella dottrina si distingue il dolo diretto dal dolo indiretto, secondo che le conseguenze dell'azione delittuosa furono espressamente volute dal reo, oppure semplicemente prevedute: il dolo determinato, che si dirige specificamente ad un solo evento, dal dolo indeterminato, che si dirige a parecchi eventi delittuosi più o meno gravi, e (secondo una formula d'uso) si è soliti definire determinatur ad exitu. Ma queste distinzioni non hanno pratico scopo di fronte alla prima parte dell'articolo 45, perché, a rigore, chi commette volontariamente un fatto prevedendone le conseguenze, vuole anche queste conseguenze: e che in una colluttazione va menando colpi indifferentemente alla minore o maggiore gravità delle loro prevedute conseguenze, è in pienezza di dolo rispetto ad ognuna di queste; né la repressione penale può essere data in balia di certe distinzioni scolastiche, ho sminuzzato alla stregua di oziose sottigliezze, le quali per nulla mi verificano la perversità del delinquente punto tale del resto la portata della disposizione in esame. L'articolo 45 prosegue dichiarando che talvolta la legge pone a carico dell'agente, come conseguenza dell'azione od omissione, anche effetti da lui non voluti. Con ciò l'articolo 45 allude alla preterintenzionalità ed alla colpa […] vi è preterintenzionalità quando un'azione dalla quale è conseguita una lezione di diritto che si vuole imputare come delitto preterintenzionale, era diretta ad offesa, ma l'effetto ha ecceduto la intenzione del reo. Tali sono i casi di omicidio e di lesione personale previsti dagli articoli 368 e 374 c.p., di cui la ipotesi agevolmente si semplifica nelle lesioni di taluno derivante in conseguenza di un urto violento datogli. Vi è semplice colpa, quando l'azione del reo non era diretta ad offesa, ma nel commetterla vi fu un'imprudenza, negligenza, imperizia o l'irregolarità, sì che per questo manco di precauzione ha potuto conseguirne un evento dannoso".*

[222] Più precisamente: *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol.4°, *Atti della commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, parte

In particolar la ricostruzione del pensiero di Rocco sottesa all'architettura della parte generale del codice penale (parte generale che il Popolo Sovrano, per mezzo della sua rappresentanza parlamentare, continua a mantenere inalteratamente in vigore nonostante le decennali critiche ad esso rivolte[223], può essere cosi schematicamente ricostruita enumerandone i caratteri di maggiore rilevanza:

A) La responsabilità deve essere fondata sulla volontà. Da questa non si può prescinde perche il principio della volontà governa tutte le azioni umane. "*È sulla responsabilità fondata sulla libertà di agire, e quindi in definitiva sulla volontà, che sta il principio motore di tutte le azioni umane, e della responsabilità che vi è inerente nel campo del bene e nel campo del male. L'elemento psicologico deve investire, anzitutto, l'azione e l'omissione, e poi l'evento esteriore vitale di pericolo: l'azione e l'omissione deve essere voluta e, prima ancora, cosciente. L'evento deve essere rappresentato mentalmente, cioè preveduto, se si tratta di dolo; non preveduto, ma, per regola almeno, prevedibile in materia di colpa; ci deve essere sempre la possibilità di rappresentarselo, di prevederlo: operazione dell'intelletto. Anzi rapporto di causalità, tra l'azione e l'evento deve essere previsto: bisogna rappresentarsi l'evento con una possibile conseguenza della propria azione. Ciò obiettivamente è una possibilità, psicologicamente è una prevedibilità*[224]".

B) Per volontà s'intende, la coscienza dell'azione o dell'omissione (condotta) e dei suoi effetti (evento). "*Se bastasse la coscienza dell'atto di determinazione di volontà basterebbe dire volontà; ma poiché l'azione deve essere non solo la determinazione di volontà, ma anche una manifestazione di volontà, non solo atto interno di volere, ma anche atto esterno di agire, ecco perché occorre non solo coscienza di volere, ma anche la coscienza di agire. Si agisce sapendo di agire, anche nei delitti colposi, perché anche in questi, come dice la relazione, l'azione d'omissione, cioè la causa, è sempre volontaria […] anche nei delitti colposi di omissioni e nelle contravvenzioni per commissione, la volontarietà dell'azione c'è sempre*[225].

11ª, *Verbali delle sedute della commissione*, (Libro I del Progetto), Roma, 1929, in pp.131 e ss. Le medesime posizioni sono altresì ribadite, seppur in maniera più concisa, nella *Relazione al re e relativo Regio Decreto*, 19 ottobre 1930, n°1398, p.20.

223 Così: D. PULITANO', "*Gli ottant'anni del Codice Rocco" op.loc.cit.,* p.2 e *passim.*

224 Cosi: *Lavori Preparatori, op.loc.cit.,* p.133.

225 *Lavori Preparatori, op.loc.cit*., p.134 e 135. Quella di dover rispondere di una propria azione od omissione cosciente e volontaria è "*la regola che vale per tutti i reati*", con la differenza che: "*nei delitti non basta vedere se l'azione d'omissione cosciente è involontaria, ma bisogna guardare l'evento dannoso o pericoloso, che ne è conseguenza, ed accertare se è stato voluto non voluto, preveduto non preveduto, se era prevedibile o no, e bisogna stabilire se vi dolo, colpa o preterintenzione, elementi che non hanno rapporto con l'azione od omissione - causa dell'evento - ma con l'evento - effetto dell'azione od omissione -, mentre nelle contravvenzioni in questa seconda indagine non è necessaria [...]. Nelle contravvenzioni l'accertamento della volontà non può*

C) Il dolo va sempre riportato all'evento. La nozione del dolo è sempre previsione, volontà dell'evento dannoso[226].

D) Il dolo è assunto in chiave psicologica, come volontà tendente ad un fine. Esso è secondo l'intenzione[227]. Ci si consenta qui di rilevare come, qualora tale precisazione di Rocco fosse stata autenticamente recepita non sarebbe poi stato successivamente necessario fare ricorso alla espressa previsione del dolo intenzionale per tutti quelle fattispecie di parte speciale in cui il Legislatore ha voluto evitare che potesse essere contestato il dolo eventuale.[228]

E) L'articolo 43 c.p., (corrispondente all'art.45 del progetto provvisorio) è dunque diverso dall'articolo 85 c.p., (corrispondente all'articolo 81 del progetto); poiché quest'ultimo parla dell'imputabilità, e quindi della capacità di volere mentre il primo parla della volontà

---

essere diverso da delitti; soltanto che per esse basta la coscienza la volontà dell'azione od omissione, senza bisogno di fare altre ricerche. Il che è come dire che mentre l'evento è centrale per il reato, per le contravvenzioni tale centralità è ricoperta dalla sola azione".

[226] *Lavori preparatori, op.loc.cit*., p.136.

[227] Alla domanda "*Che cosa è l'intenzione*?" Rocco fornisce prontamente risposta alla p.140 dei *Lavori Preparatori, op.loc.cit*.,: "*E la volontà in quanto tende interiormente ad uno scopo. Non è possibile concepire una volontà senza scopo, perché non si può volere sic et semplicier, ma si deve volere un quid (un bonum che nobis interest), ciò che è lo scopo, il fine, il motivo della volontà. Ora la volontà che tende allo scopo si chiama intenzione. Da questo punto di vista, fine, motivo ed intenzione sono la stessa cosa, non si possono staccare l'uno dall'altro perché non si può staccare la volontà dal suo scopo. La verità è che non c'è un solo motivo, un solo fine, un solo scopo, ma ve ne sono tanti, vi è tutta una gerarchia di motivi, di fini, di scopi e di intenzioni: ed allora, quando si tratta di fissare le nozioni del dolo, della colpa, e della preterintenzione ciò che è decisivo è la considerazione tra lo scopo e l'effetto, tra l'evento e l'intento.*" L'autore aveva già antecedentemente precisato a p.137: "*La volontà è una facoltà, un potere di in una pulsione nell'azione o di arresto nell'omissione, e questa volontà si deve concepire libera"*. Precisa poi Rocco sul libero arbitrio che: "*Queste sono questioni metafisiche; noi diciamo semplicemente che non si può disconoscere il dato psicologico della volontà umana [...] non si può concepire una volontà senza causa, una volontà senza motivi, una volontà come un fiat che nasca dal nulla, una volontà come mero arbitrio indifferentiae. La volontà umana non si sottrae, alla legge di causalità, che governa tutti i fenomeni. C'è un determinismo fisico o meccanico, che governa i fenomeni fisici o meccanici; c'è un determinato determinismo fisico logico che determina movimenti fisiologici del corpo, agendo come stimolo; e poi c'è il determinismo psicologico, che è determinazione secondo cause psicologiche, cioè emotivi coscienti, che determinano una volontà umana. Ma di fronte questi motivi la volontà umana non soggiace in modo fatale, perché l'uomo ha la facoltà di discendere e di selezionare, e in definitiva la volontà non è puramente recettizia e passiva di fronte ai motivi, ma reagisce in conformità del carattere, con la possibilità di contrapporre un motivo l'altro, e quindi di scegliere fra i vari motivi*". Sulla volontà come scelta e sulla scelta come essenza della responsabilità vedi anche, infra, cap.3°,§9.

[228] Tendenza inaugurata, con la modifica della disciplina del delitto di abuso di ufficio *ex* art.323 c.p., realizzata con l'art.1 della Legge n°234 del 16 luglio 1997. L'introduzione dell'avverbio "intenzionalmente", infatti, fu adottata con il fine di restringe *ope legis* l'area del dolo alla sola forma più intensa del dolo intenzionale, escludendo a priori dal fatto di reato le condotte criminose finalisticamente orientate a cagionare un evento differente da quello tipico. Si volle così escludere tanto il dolo eventuale che quello diretto in maniera tale che la divergenza tra voluto e realizzato escludesse la configurabilità del reato. In tal senso anche Cass. Pen. sez.VI^, n°217558-2000, e n°226040-2003, in *Commentario breve al Codice Penale*, a cura di A. CRESPI - F. STELLA - G. ZUCCALÀ, Padova, 2008, p.1041. Sul punto, tra i tanti, A. MANNA, *Considerazioni in tema di abuso d'ufficio,* in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 2007, vol.3°, p.770. Vedi anche, *supra*, considerazioni introduttive, §3.

effettiva del fatto, del carattere volontario dell'azione od omissione e dell'evento che ne deriva, e quindi di dolo, di colpa e di preterintenzione[229].

F) La capacità di dolo consiste: "*Nella capacità di prevedere, oltre che di volere, l'evento, che è conseguenza dell'azione*" […] "*La previsione dell'evento è atto intellettivo ma di conoscenza*"[230].

G) Da ultimo, ma primo per importanza quanto all'oggetto del nostro studio, Rocco dichiarò espressamente: "*circa il dolo, tra le due dottrine dominanti, della previsione dell'evento (teoria della rappresentazione) ed è la volontà dell'evento (teoria della volontà) si è scelta quest'ultima. Dolo si ha quando l'evento non solo è stato preveduto, ma è stato voluto. Non basta che io mi sia rappresentato il danno, come conseguenza della mia azione, per essere in dolo; ma quell'evento me lo sono dovuto proporre, come scopo della mia azione. Sono in dolo se la mia volontà tendeva allo scopo di produrre quel danno; ma se non lo ho voluto produrre quel danno, benché lo abbia preveduto, ciò non basta per essere in dolo*".

Con ciò Rocco affermò espressamente che dolo indiretto e dolo eventuale sono delle distinzioni del tutto inutili ed inesistenti nel nuovo codice penale, più precisamente: "*Esse sono finite nel nulla: o l'evento dannoso è voluto, e c'è dolo; o non è voluto, e non c'è dolo"* […]*" se l'evento è conforme all'intento, abbiamo il dolo; se l'evento è non fuori, ma oltre –*

[229] Nel prosieguo del testo Rocco precisa che: "*logicamente gli articoli 81, 82, 82 parrebbe che dovessero precedere l'articolo 45; se non ché essi devono considerarsi insieme ai successivi, che trattano delle cause, che escludono o diminuiscono l'imputabilità. Ora è parso che il principio positivo dell'affermazione dell'imputabilità, che si fonda sulla capacità d'intendere o di volere, non potesse essere staccato da quelle cause negative che queste capacità d'intendere e volere escludono o diminuiscono. Prima si dice chi è imputabile e in che cosa consiste l'imputabilità e poi si dice quali sono le cause che escludono o diminuiscono l'imputabilità. Ecco perché non parve possibile staccare questi articoli dai successivi. Se mai si potrebbe far precedere tutto il titolo 'del reo' al titolo 'del reato'; ma allora si presenta un altro inconveniente, quale quello di parlare del reo prima ancora di aver parlato del reato*".

[230] Continua Rocco, *op.loc.ult.cit*., p.139: "*Che cosa è la previsione se non un atto dell'intelligenza? Antivedere significa rappresentarsi mentalmente: atto di intelligenza, dunque non di volontà. Non si può volere che ciò che si conosce, anzi si preconosce; quindi la conoscenza, che atto intellettivo è un presupposto della volontà. Quando nell'articolo 45 parliamo di coscienza di volontà dell'azione, si accenna ad un elemento comune a tutti i reati, e non c'è bisogno di indicare altro; ma quando entriamo nel campo del dolo e della colpa, dobbiamo guardare anche alla percezione, all'atto di intelligenza, che consiste nel prevedere l'evento, conseguenza possibile dell'azione; ed allora non basta la capacità di volere, ma occorre anche la capacità intellettiva*". Evidente è il distacco dal Codice Zanardelli e dalla dottrina ad esso conforme, quale in particolare M. FINZI, *Previsione senza volizione*, *op.loc.cit*., p.174, il quale, al contrario di quanto ritenuto da Rocco, precisava "*dove c'è previsione (certa, probabile o possibile), l'evento deve essere addebitato a titolo di dolo: dove invece la previsione manca, o perché non si è mai affacciata al'animo dell'agente, o perché affacciatasi è stata respinta (evento previsto come improbabile o come impossibile), l'evento potrà venire soltanto addebitato – ove sia il caso – a titolo di colpa o preterintenzionalità*".

praeter – l'intento, abbiamo il delitto preterintenzionale; se invece l'evento va contro l'intento (dunque non è voluto) *abbiamo la colpa*"[231].

Traendo le fila del discorso l'interpretazione autentica delle fonti normative tuttora vigenti nel diritto positivo italiano rileva con chiarezza come l'istituto dogmatico-concettuale del dolo eventuale sia completamente estraneo al codice penale e come la sua utilizzazione non possa che essere considerata come un'evidente forzatura interpretativa del quadro testuale e dogmatico delineato dall'art.43 c.p. D'altronde nel 1930 l'utilizzo del dolo eventuale si sarebbe rilevato del tutto superfluo ed inutile nella struttura del nuovo codice avendo il legislatore provveduto espressamente a disciplinare tutte le ipotesi dei reati aggravati dall'evento e della divergenza tra il voluto ed il realizzato. Il codice in vigore, infatti, limitandoci alla sola parte generale[232], riconosce espressamente l'istituto della responsabilità oggettiva, all'art. 42, c.p., il delitto preterintenzionale all'art. 43, c.p., le condizioni obiettive di punibilità all'art. 44 c.p., L'*aberratio ictus* e *delicti* (*rectius*: offesa a persona diversa da quella a cui l'offesa era diretta, e evento diverso da quello voluto dall'agente) negli articoli 82 ed 83, c.p., il concorso in reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti nell'art. 116. c.p.

E' dunque quantomeno singolare che con lo svilupparsi dell'interpretazione teleologicamente[233] indirizzata del codice in conformità ai principi della Carta Costituzionale

---

[231] P. 140, *op.loc.cit*., Rocco precisa ancora più espressamente il concetto chiarendo: *"Si è detto che nella colpa c'è l'evento senza intento, ma allora anche nel delitto preterintenzionale manca l'intento, rispetto all'evento ulteriore dannoso. Tizio corre in automobile, perché vuole arrivare a casa più presto: intento innocente; ma investe una persona: evento dannoso. Forse l'intenzione non c'è? E'una intenzione innocente, ma c'è. E' in questa contraddizione tra l'evento e l'intento, che sta il concetto di colpa. Dunque si dice bene contro l'intenzione, e si direbbe male senza l'intenzione*". In sintesi l'intensione, il fine, lo scopo, la volontà, ci sono, ma sono diretti ad altri scopi e quindi l'evento non voluto conseguente all'azione è contrario all'intenzione stessa. Frammento, quest'ultimo, che è inoltre di particolare interesse per coloro i quali ritengono che i delitti di omicidio verificatisi in conseguenza ad una guida spericolata, debbano essere ricondotti alla colpa cosciente e non al dolo eventuale. In argomento, per la tesi della configurabilità del dolo eventuale si veda invece: G. FIANDACA, *Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?* Nota a sentenza G.U.P., Roma del 20 novembre 2008, imp. Lucidi, in *Foro it*., n°7-8, 2009, p.414 ss; In chiave maggiormente critica: F. VIGANO', *Fuga "spericolata" in autostrada e incedente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?* Nota a sentenza G.U.P. Tribunale di Milano, 21 aprile 2004, in *Cor.Mer.*, n°1, 2005, p. 70 e ss.

[232] Per quanto riguarda la parte speciale del codice penale, nella disciplina del delitto di omicidio che, come visto, ha sempre costituito il punto di partenza ed il campo di elezione di tutte le controversie attinenti alla determinazione dei confini tra dolo e colpa, troviamo disciplinati sia l'omicidio preterintenzionale, all'art. 584 c.p., che la morte come conseguenza di altro delitto doloso, all'art. 586 c.p. La tematica attuale del contagio da H.I.V., aveva poi il sua antesignano nell'ipotesi nel contagio di sifilide e blenorragia disciplinato nell'art. 554, comma 1 e 2 c.p., poi abrogato dalla legge 194/1978.

[233] Su tale indirizzo v.: G. BETTIOL, in *Scritti giuridici*, Padova, 1966,1980,1984, nonché ID,: *Sistemi e valori nel diritto penale*, Padova, vol.I°, p.491, ID., *Diritto penale*, rivisto ed integrato da M. PETTOELLO MANTOVANI, Padova, 1983, p.83. A. PAGLIARO, *Teleologismo e finalismo nel pensiero di G. Bettiol*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., fasc.I., 2008, pp. 31-39; G. DE FRANCESCO, *teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza dell'esecuzione del reato,* Torino, 1998.

e la conseguente necessità di affermare con pienezza la costituzionalità del principio di colpevolezza[234], la dottrina e la giurisprudenza abbiano pensato di poter superare gli empasse sistematici della divergenza tra il voluto ed il realizzato riesumando (senza in verità averlo mai seppellito) il fantasma del dolo eventuale[235] per legittimare sotto il profilo soggettivo, quasi come se si trattasse di uno scambio di etichette, tutte le ipotesi in cui prima trovavano applicazione delle ipotesi di responsabilità oggettiva, più o meno manifesta. Peso innegabile, da ultimo, avrebbero esercitato le consuete esigenze di politica criminale e di semplificazione dell'accertamento processuale del dolo e, sul diverso versante filosofico, il progressivo passaggio dall'etica dell'intenzione all'etica della responsabilità e l'emergenza del concetto di rischio come orizzonte totalizzante del diritto penale contemporaneo.

- 11) <u>Il retroterra filosofico: il passaggio dall'etica dell'intenzione all'etica della responsabilità e gli influssi di tale cambiamento sul concetto di colpevolezza. L'avvento del rischio come orizzonte totalizzante del diritto penale contemporaneo.</u>

L'analisi storico-giuridica dell'evoluzione dell'elemento soggettivo doloso e delle conseguenza sanzionatorie da riconnettersi alle ipotesi di divergenza tra il voluto ed il realizzato, è un tema di indagine fisiologicamente intersettoriale che, oltre a coinvolge il diritto penale sostanziale e quello processuale, non può procedere disgiunto dalla considerazione filosofica. Infatti, pur muovendo sulla base di un orizzonte tecnico-giuridico[236], quale quello adottato nel 1930 dal legislatore italiano, per una corretta interpretazione del dato testuale delle norme e della costruzione dogmatica ad essa sottesa, è di fondamentale importanza conoscere l'orizzonte filosofico in cui tale idee maturarono e,

---

[234] Sulla costituzionalizzazione del principio di colpevolezza grazie soprattutto al contributo della Corte Costituzionale si veda in particolare: C. Cost. 24 marzo 1988, n°364, in *Giur.Cost*., 1988, p.1513. Per approfondimenti su tale fondamentale pronunciamento: si rinvia a D. PULITANO', *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.686 e ss; F. C. PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.920; L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.1313; M. GUARDATA, *L'ignoranza della legge penale dopo l'intervento della Corte Costituzionale: prime impressioni,* in *Cass.Pen*., 1988, p.1152; G. FLORA, *La difficile interpretazione del principio di colpevolezza, riflessioni per l'anniversario della sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 5 c.p.,* in *Giur.It.*,1989, VI, p.337; F. MANTOVANI, *ignorantia legis, scusabile ed inescusabile*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1990, p.379; F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/1988* in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1996, p.223. Vedi anche, *infra*, cap.III°, §8.

[235] Cosi già definito da L. Von BAR, *Dolus eventualis? Op.loc.cit*., p.3.

[236] Vedi, *supra*, p.69 e, *quivi*, nota n°156.

particolarmente, quale idea di intenzione, volontà, responsabilità, e colpevolezza, fosse quivi accolta ed adottata.[237] Non si può infatti dimenticare che la riflessione filosofica è sempre stata uno strumento insostituibile del progresso del diritto avendo spesso costituito l'autentico propulsore del passaggio delle idee più innovative e foriere di innovazioni, anche radicali, sul modo di concepire l'uomo, la sua vita ed i sui fini, dal mondo della speculazione astratta e teorica a quello delle norme[238].

Allo sfondo di ogni opzione dogmatica ed ermeneutica si colloca, dunque, un intenso dibattito filosofico, dove, volendo limitarci al solo 1900, il progressivo passaggio dall'etica dell'intenzione Kantiana[239] all'etica della responsabilità riconducibile al pensiero di Max Weber[240], prima, e di Hans Jonas[241], poi, ha condotto a sua volta al passaggio da un idea

---

[237] Ciò, come visto, è vero per il diritto antico ancor più di quanto non avvenga in epoca contemporanea. Nelle fonti antiche il dolo non è mai descritto in una formula legislativa generale e astratta, ma è formulato quale concetto etico, pre-giuridico, che trova espressione sostanziale e processuale nella punizione dei delitti di sangue, e che si presenta commisto a precetti di natura religiosa e sacrale. L'identificazione del male, storicamente precaria, è in origine semplice. Il male è rappresentato dalle aggressioni alla persona e al patrimonio e pertanto etica, religione e diritto penale non hanno problemi di convivenza, ma anzi coincidono. Nel mondo greco le fonti strettamente storiche (Erodoto, Senofonte, Tucidide) sono scarne e poco significative per lo studio dell'elemento soggettivo; meglio riferirsi alle opere filosofiche di Platone e Aristotele, (vedi, *supra*, §1 e 2) dove si ritrovano non solo le definizioni di volontarietà e involontarietà ma anche riflessioni interessanti sulla questione delle tipologie di comportamento non razionali, così come sulle cause del comportamento umano sbagliato. In particolare è utile analizzare i riferimenti alla colpevolezza (in particolare alla nozione di "scelta") che si possono trovare nell'*Etica Nicomachea* di Aristotele, giacché costituiscono le basi della filosofia aristotelico-tomistica sul cui fondamento il Cristianesimo si erige (così, E. SEVERINO, *La Filosofia Antica*, Milano, 1984, p.16 che precisa: "*Il cristianesimo è divenuto ciò che esso è solo in quanto la sua struttura concettuale portante è costituta dallo spazio originariamente aperto dal pensiero greco*"). E'indubbio il contributo del Cristianesimo alla categoria della colpevolezza, sviluppatasi attraverso approfondite elaborazioni nella Canonistica medievale, nella Scolastica, nei Postglossatori e nel Giusnaturalismo settecentesco, fino al pensiero giuridico moderno. (vedi supra §§, 3,4,5). Ultimo e fondamentale non va dimenticato, come sottolineato da D. PULITANO', *Diritto penale, op.loc.cit.*, che il dolo è sì un istituto che affonda profondamente le sue radici in categorie pre giuridiche, ma ciò non significa che il legislatore sia vincolato a dati o criteri "ontologici": «*definire il dolo significa porre un criterio normativo di imputazione dell'illecito*», perché su di esso incidono esigenze preventive e aspetti probatori. Un criterio normativo che non deve però, d'altro canto, far dimenticare la natura pre giuridica del concetto.

[238] Così cfr.: M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la Philosophie du droit*, Paris, 1962, p.14.

[239] Si veda sul tema: U. GALIMBERTI, *Psiche e teche, op.loc.cit., passim*.

[240] In argomento, di recente: D. D'ANDREA, *L'incubo degli ultimi uomini, etica e politica in Max Weber*, Roma, 2005. In un mondo caratterizzato da una mancata coincidenza di merito e destino, ossia da un'irrazionalità etica dell'unico mondo esistente, risulta insufficiente e – insieme – pericoloso, dal punto di vista dell'autore tedesco, assolutizzare l'uno ovvero l'altro dei due antitetici modelli normativi, rappresentati dall'etica dell'intenzione (*Gesinnungsethik*) e dall'etica della responsabilità (*Verantwortungsethik*). L'*etica dell'intenzione* viene descritta da Weber come un'etica del *fine ultimo* e della *pura razionalità rispetto al valore*: attribuendo una qualità etica all'azione in se stessa considerata senza interesse per le conseguenze e senza capacità legittimante dello scopo, il fine non può *mai* giustificare i mezzi. La *Gesinnungsethik* è un'etica che disprezza il mondo, un'etica della *testimonianza* e dell'*interiore fedeltà a se stessi* che si limita ad attraversarlo; non si prefigge scopi e valuta l'azione soltanto in base al suo senso. L'etica dell'intenzione presuppone una prospettiva trascendente: deve postulare l'esistenza di un *altro mondo* in cui l'irrazionalità etica di questo – l'ingiustizia, la sofferenza immeritata, il torto impunito – sarà superata e compensata; senza fede nella redenzione, quindi, la *Gesinnungsethik* diviene razionalmente incomprensibile. Specularmente, il filosofo tedesco mostra come l'etica della responsabilità sia un'etica della trasformazione del mondo, della scelta responsabile fra una pluralità dei

psicologica della colpevolezza alla concezione normativa tuttora dominante nel diritto penale moderno.[242]

Il fondamento del preesistente sistema che potremmo definire filosofico-normativo, era dato dall'etica teorizzata da Kant. In tale orizzonte concettuale l'uomo è considerato libero di fronte alla sua coscienza, il giudizio morale, dunque, deve essere commisurato alla volontà con cui egli agisce perché ciò che decide della moralità della sua azione, e conseguentemente dalla responsabilità per gli effetti da essa scaturiti, è la buona o la cattiva intenzione, senza che la tematica dell'errore venga resa oggetto di alcuna attenzione.

L'idea della responsabilità penale era appunto collegata con questo concetto. Essa ritrovava l'equivalente dell'etica formale nella progressiva statualizzazione del diritto e nell'affermarsi delle istanze giuspositivistiche. Il concetto di colpevolezza, che traduceva sul

---

fini anche in base alla valutazione etica dei mezzi necessari e delle loro conseguenze, un'etica che sostituisce al principio del sommo bene quello del bene maggiore o del minor male. La *Verantwortungsethik* è, pertanto, l'etica di chi non ritiene indifferenti le conseguenze che il proprio agire determina nel mondo. Il valore etico dell'azione viene misurato a partire dalle *conseguenze* che essa produce nel mondo: è, infatti, l'esito – voluto o non voluto – cagionato dall'azione il *criterio esclusivo* che ne decide il valore etico. Essa rappresenta dunque un etica in cui, senza correttivi giuridici, può divenire facilmente imperante la logica della responsabilità oggettiva per le conseguenze dell'azione e quella della strumentalizzazione del dolo eventuale. La condotta *verantwortungsethisch* si propone di *cambiare* il mondo e di *renderlo migliore* dal punto di vista etico: perciò, mira non tanto a testimoniare intenzioni, quanto piuttosto ad ottenere risultati, a conseguire gli obiettivi – eticamente giustificati – che via via si prefigge. A giudizio di Weber, la *Verantwortungsethik* costituisce il *solo* orientamento etico coerente in un'epoca priva di Dio. La sua proposta normativa, però, prevede che si ponga rimedio, attraverso l'integrazione di un atteggiamento *gesinnungsethisch*, al principale limite dell'etica della responsabilità, l'assolutizzazione del mondo a criterio unico di decisione sul valore etico delle condotte individuali e delle politiche, onde si è disposti ad accettare anche l'azione moralmente più riprovevole, pur di scongiurare un male maggiore. Il recupero della *Gesinnungsethik* consente alla politica di rispettare un limite etico assoluto – dunque, di rifuggire da mezzi eticamente estremi – e di non appiattirsi sull'esistente, mettendola – anzi – in grado di tentare l'impossibile per realizzare quel poco che oggi è possibile. Nonostante dall'applicazione di questa sua proposta normativa Weber si attenda buoni esiti, egli percepisce una grande minaccia incombente sul futuro dell'umanità: la nascita di un particolare tipo di soggettività, quello degli "ultimi uomini", vale a dire di individui "sazi", distanti da una politica intesa nella sua dimensione etica e conflittuale, interessati solo al perseguimento del benessere materiale e incapaci di porsi domande sul senso della vita, anche se a tali uomini sarà demandata l'individuazione di un metodo per la praticabilità di un reciproco, ma asimmetrico completamento fra etica della responsabilità ed etica dell'intenzione. Per un ulteriore approfondimento del pensiero Weberiano si veda: D. BEETHAM, *La teoria politica di Max Weber*, 1985, 2^ed: *Max Weber and the Theory of Modern Politics*), trad. it. a cura di M. T. BRANCACCIO, Bologna, 1989; F. BIANCO, *Le basi teoriche dell'opera di Max Weber*, Roma-Bari, 1997. P. BREINER, *Max Weber and Democratic Politics*, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1996; A. DAL LAGO, *L'ordine infranto. Max Weber e il razionalismo*, Milano, 1983.

[241] L'opera più importante di Hans JONAS è sicuramente ID, *Das Prinzip Verantwortung*, 1979, Insel Verlang, FranKfurt am Main. Trad.it a cura di P. P. PORTINATO, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2002. Opera in cui l'autore cerca di andare alle radici filosofiche del problema della responsabilità, che non concerne soltanto la sopravvivenza, ma l'unità della specie e la dignità della sua esistenza. Tra il "*principio speranza*" di Ernst Bloch, ed il "*principio disperazione*" di Günther Anders, il "*principio responsabilità*" da voce ad una via di mezzo nel tentativo di coniugare in un modello unitario l'etica universalistica ed il realismo politico.

[242] Tale mutare dell'orizzonte etico-filosofico e le conseguenze in ambito della dogmatica penalistica era già stato indicato con lucidità da D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo*, Napoli, 1961,cap.II°, p.36 e ss., ID, voce *Colpevolezza*, in *Enc.Dir*., vol.VII°, 1960, pp.646 e ss.

piano dommatico la funzione della responsabilità penale, si fondava sulla struttura del dolo[243]. La dottrina psicologica della colpevolezza era ispirata dall'idea dominante dell'etica di intenzione e il suo sviluppo teorico non costituiva altro che il continuo adeguarsi a questi principi nello sforzo di comprendere in una superiore unità tutti gli atteggiamenti psicologici a cui il diritto penale attribuisce rilevanza cercando, in particolare, di modellare il delitto colposo sullo schema del dolo col ritrovare nei suoi elementi psicologici i dati di collegamento comuni[244].

Proprio l'incalzarsi di questi tentativi, però, le sarebbe stato fatale e la scoperta del valore normativo del delitto colposo ne avrebbe insidiato la validità non soltanto sul piano concettuale dell'esigenza di un comune denominatore con il dolo, ma anche con il prospettare una diversa dimensione della responsabilità qual è appunto quella che deriva dall'impiego normativo di energie interiori valutate allo stadio potenziale, e nel carico di attenzione e di prudenza che il diritto penale fa al soggetto.

L'elaborazione e lo sviluppo della concezione normativa della colpevolezza avrebbero segnato anche la fine dell'influenza dell'etica di intenzione nel diritto penale moderno[245].

Al posto del dolo qual fulcro della colpevolezza è subentrato il concetto del tradimento dell'impegno che lega il soggetto nella sua autonomia di persona all'ordinamento giuridico. Concetto che sarebbe stato chiarito con precisione da Welzel[246] il quale avrebbe precisato: "*Colpevolezza è il venir meno della persona auto-responsabile di fronte alle pretese del diritto con l'intraprendere l'azione illecita. La misura della colpevolezza si determina quindi secondo due punti di vista: secondo il peso della pretesa che il diritto pone alla persona e secondo il venir meno della persona nella situazione concreta*", il che, trasposto nel dolo eventuale, consiste nell'aver agito nella previsione dell'evento non voluto, anche a costo di

---

[243] Cfr: D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo, op.cit.*, p.37.

[244] Nel dibattito contemporaneo sembra invece imporsi la tendenza contraria consistente nella cosi detta "*ricerca della colpa nel dolo*", e nella normativizzazione del concetto di dolo sulla falsariga del concetto di colpa. Sul tema della "*caccia alla colpa nel dolo*" si veda: L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1992, p.87 e ss; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1991, p.3 ss. Per un'analisi dei rischi di commistione tra dolo e colpa nelle recenti tendenze dottrinarie, si veda: M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, *passim*; e, di recente, G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass.Pen*., n°12, 2009, p.5021.

[245] Per gli sviluppi del concetto: D. SANTAMARIA, Voce *Colpevolezza*, in *Enc.Dir*., VII, 1960, pp.646 e ss.

[246] H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1960, p.224

vederlo realizzato, il che costituisce un'opzione intrisa di senso di rivolta e di disprezzo per l'ordinamento e l'ordine giuridico[247].

Il diritto penale contemporaneo si articola dunque su di una concezione diversa della colpevolezza in cui la funzione etico retributiva della pena ha trovato la sua riaffermazione. Alla etica di intenzione è subentrata l'etica di responsabilità che rende l'individuo, nonostante le sue migliori intenzioni, moralmente responsabile per le conseguenze prevedibili del suo agire[248]. Le due concezioni si sono trovate di fronte nei terribili processi del dopoguerra e si sono scontrate in un conflitto di mondi spirituali e di civiltà nel rapporto tra accusatore ed accusato. Si sono cosi fatte strada le istanze retribuzionistiche di un'etica di responsabilità finalizzata a valutare la colpevolezza di individui che potevano scegliere in favore del rispetto del diritto ed invece non avevano scelto[249]. Una scelta tra il "bene" di quanto richiesto dall'ordinamento, ed il "male" di quanto dal medesimo vietato, che ha condotto il dibattito filosofico-giuridico a considerare proprio la scelta come essenza della responsabilità[250].

---

[247] In tal senso: V. SCORDAMAGLIA, *La responsabilità penale del cardiochirurgo*, in *Atti del convegno* del 16-11-2001, p.6 e ss. A parere di chi scrive il dolo eventuale come concetto teorico sarebbe compatibile con la definizione di dolo adottata dal nostro codice solamente in tale prospettiva dogmatica, dove il nucleo immutabile ed invariabile del dolo è individuato nel disprezzo dell'oggetto della tutela penale, e nel detto senso di rivolta verso l'ordine giuridico che esprime un tenere a vile un bene – interesse primario, come deve dirsi della vita o dell'integrità personale. In tale prospettiva il dolo non è ridoto né alla volontà e all'intenzione, né al deliberato malgoverno della responsabilità, ma al disprezzo dell'ordinamento e degli oggetti della sua tutela. In tale contesto dogmatico il dolo eventuale è pacificamente ammissibile perche il disprezzo dell'oggetto di tutela è pacificamente riscontrabile sia in chi agisce allo scopo d realizzare un reato sia in chi si risolve all'azione, in se lecita o consentita, anche a costo di commettere un reato, perché è evidente che nella sua gerarchia di valori il soddisfacimento dei propri fini egoistici è poziore al rispetto dei diritti degli altri. Tale posizione si approssima molto all'ambito di applicazione del dolo eventuale già individuato da Welzel e Santamaria. Vedi *infra*, nota n°188.

[248] Cosi ancora: D. SANTAMARIA, il quale, tuttavia riteneva che in tale orizzonte il dolo eventuale potesse trovare rilevanza solamente nei casi più estremi, precisava infatti l'Autore, in *Interpretazione e dommatica*, *op.cit*., pp.41-42 che "*l'ambito del dolo eventuale se va ricostruito fuori dalla colpevolezza* (cioè nel fatto tipico) *e fuori dalla disciplina dell'errore, resta sempre condizionato dai rapporti di valore per cui i singoli tipi di fatto sono stati vietati ed acquista pertanto la sua importanza etico sociale nei casi limiti*" (ivi richiamo a G. STRATENWERT, *Dolus eventualis und bewusste Fährlassigkeit*, in *ZStW.*, 71, 1959, p.51 e ss.). Il riferimento ai "*rapporti di valore per cui i singoli tipi di fatti sono stati vietati*", infatti, sembra voler limitare l'ambito di operatività del dolo eventuale solamente a quegli oggetti di tutela dotati di maggior rilevanza quali la vita e l'incolumità umana, anche se proprio il dover guardare ad un entità variabile quale i "rapporti di valore", non rappresenta un argine idoneo all'eccessiva applicazione dello stesso anche in chiave strumentale. L'evoluzione storico giuridica ha dimostrato che proprio l'iper-responsabilizzazione da prevedibilità della conseguenza non voluta ha comportato una notevole ipertrofizzazione nell'utilizzo del dolo eventuale grazie alla sua fisiologica utilizzabilità per il soddisfacimento di fini di politica criminale.

[249] Per il carattere individuale della scelta cfr.: H. END, *Existenzielle Handlungen im Strafrecht, Die Pflichtenkollision im Lichte der Philosophie von Karl Jaspers, Beck,* München, 1959, già citato in D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica*, *op.loc.cit.* p.38.

[250] Similmente, tra l'altro, a quanto era già stato evidenziato nell'etica aristotelica. Vedi più ampiamente in argomento, *infra*, Cap.3°, §8.

Scelta che si è ulteriormente caricata di implicazioni quando ha cominciato ad avere ad oggetto non più il bene od il male, ma l'eventualità o meno di sottoporre a rischio l'oggetto della tutela. Cosi in un orizzonte filosofico dominato dalla responsabilità da scelta, l'oggetto di quest'ultima diviene fulcro della responsabilità e su di esso vengono ad edificasi le valutazioni attinenti all'allocazione dell'illegalità penale, come sembra essere avvenuto con il concetto di rischio[251].

Passaggio successivo, tuttavia, sembra essere stato quello già previsto dallo stesso Weber di una iper-responsabilizzazione da malgoverno del rischio, in cui, assunto il controllo del o dei pericoli come orizzonte totalizzante del pensiero filosofico post-moderno[252], questo ha incrementato la sua forza di penetrazione nel mondo giuridico sino ad essere elevato ad elemento unificante del dolo e della colpa[253].

[251] In argomento: F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990.

[252] Approfonditamente in argomento G. MARINO, *Soziale Gerechtigkeit e Risikogesellschaft. Per la lettura della Rechtsphilosophie di Arthur Kaufmann*, in *Riv.int.fil.d.dir*., n°1, 2009, pp.42 e ss, *passim* ed in particolar modo p.46 in cui si enfatizza come il pensiero di Kaufmann sia stato fortemente influenzato dalla filosofia di Jonas.

[253] In argomento: M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, *op.loc.cit., passim* ed in particolare, per quanto riguarda l'imputazione oggettiva dei reati colposi pp. 83 e ss, mentre per quanto riguarda l'imputazione oggettiva dei reati dolosi pp.127 e ss; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, *op.cit.,* il quale a p.111 e ss, esplora l'insufficienza del recupero della volontà rispetto al mero agire "*nella consapevolezza del rischio*". C. PIERGALLINI, *Attività produttive ed imputazione per colpa:* "*prove tecniche di un diritto penale del rischio*". Quanto ai rapporti tra il concetto di rischio e le teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento si veda: M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento,* in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1989, pp. 589 e ss; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1992, pp.779 e ss; E. MORSELLI, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind.Pen*., 2000, pp.11 e ss.

CAPITOLO II°

CAPITOLO II°

GLI ELEMENTI FONDAMENTALI DEL DOLO

SOMMARIO: -1) La nozione di dolo nella definizione legislativa e nelle ricostruzioni realizzate dalla dottrina contemporanea. - 2) La struttura del dolo come sedes materiae usuale per la determinazione dei confini con la colpa. - 3) L'oggetto del dolo: Il fatto tipico, id est l'evento in senso giuridico. I rapporti tra il fatto tipico ed il dolo eventuale. - 4) La classificazione delle forme e l'intensità del dolo. Il dolo eventuale come forma necessariamente meno grave di volontà colpevole? - 5) Cenni sulla tematica dell'accertamento. La cosi detta "processualizzazione" del dolo - 6) L'accertamento della colpevolezza "al di là di ogni ragionevole dubbio".

- 1) La nozione di dolo nella definizione legislativa e nelle ricostruzioni realizzate dalla dottrina contemporanea.

Formulare una definizione base di dolo è impresa particolarmente complessa per l'assenza di concordi opinioni circa la nozione del medesimo. Concorrono ad aumentare la difficoltà dell'intento sia la vastità delle elaborazioni dottrinarie sviluppatesi nel corso degli anni, sia il reciproco influenzarsi (nelle diverse teorie ricostruttive) di varie accezioni dei concetti di colpevolezza, di azione e di evento[254], abitualmente differenziati da un autore all'altro[255].

[254] In tal senso, S. PROSDOCIMI, *Il reato doloso*, in, *Dig.disc.pen.* 1996, vol.XI°, p.237. Il quale sottolinea come nella dogmatica degli ultimi anni, specialmente di lingua tedesca, si tenda con notevole frequenza a porre in crisi i tradizionali criteri di scomposizione e di analisi del reato anche per quanto riguarda la collocazione del dolo. L'inclusione del dolo nel fatto, quale essenziale momento o componente della condotta, operata dalla teoria finalistica dell' azione, poggia infatti sull'idea della compenetrazione del dolo con gli altri elementi costitutivi del reato, e cosi facendo sostiene la tesi della doppia funzione del dolo e della colpa, prima nel fatto e poi nella colpevolezza. Merito indubbio della corrente finalistica è dunque quello di avere provocato una più intensa riflessione sopra taluni nessi d'interdipendenza esistenti tra i diversi elementi costitutivi dell'illecito penale, nessi che però, secondo l'autore, non possono giustificare il sovvertimento o l'abbandono totale dei criteri di scomposizione del reato. Diffusamente in argomento con ampie indicazioni bibliografiche e notazioni sul tema, G. MARINUCCI., *Il reato come "azione". Critica di un dogma,* Milano, 1971, p.153 ss., il quale evidenzia, in particolare alle p.69 ss., come gli oppositori del finalismo abbiano dimostrato che il dolo essendo caratterizzato da una struttura e da un oggetto di natura fondamentalmente normativo, non possa farsi in alcun modo rientrare nel concetto d'azione ontologicamente considerata. Da ultimo, per un quadro sintetico della teoria finalistica dell'azione nei suoi aspetti costitutivi essenziali, si possono consultare: M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca,* Milano, 1950; H. WELZEL, *Posizione dogmatica della teoria finalistica dell'azione*, in *Riv.it.proc.pen.*,1951, pp.1 ss.; ID. *Il nuovo volto del sistema penale,* in Jus, 1952, p.31;

Dissonanze nelle definizioni che non hanno solamente carattere terminologico, ma sono spesso indicative di differenti impostazioni sostanziali[256].

Vi sono così dottrine che ricostruiscono il dolo come forma più grave della colpevolezza[257], altre che lo definiscono come aspetto subiettivo della condotta illecita descritta in una fattispecie penale dolosa; [258] alcune che preferiscono considerarlo come la forma tipica e più vera della volontà colpevole[259], altre ancora, come il normale criterio di

---

D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955; N. CAMPISI, *Rilievi sulla teoria dell'azione finalistica,* Padova, 1959; V. ZAMPETTI, *Il finalismo nel diritto*, Milano, 1966; C. FIORE, voce "*Azione finalistica*" in *Enc.giur.Treccani*, vol.IV°, Roma, 1988; ID *Diritto penale*, vol.I°, Torino, 1993, p.134 ss.; G. MARINI, *voce Condotta* in *Dig.disc.pen*., vol.III°, Torino, 1989, p.13ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici in riferimento alla teoria finalistica dell'azione si veda, *supra*, cap.I°, §5, pp.40-41, e quivi nota n°85.

255 Meno complessa appare oggi la ricostruzione della colpa che, definitivamente affrancatasi dalla sudditanza concettuale e dommatica nei confronti del dolo, sembra aver conseguito una considerevole stabilità ricostruttiva, stabilità che tuttavia è oggi animata dal progressivo emergere del concetto di colpa grave, ancora una volta emerso nella dottrina civilistica tedesca e successivamente transitato all'attenzione dei penalisti. Su quest'ultimo argomento si veda in particolar modo G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass.Pen*., n°12, 2009, pp.5013 a 5044. Per un recente, approfondito contributo in tema di colpa si veda D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009. Con particolare attenzione alla distinzione tra colpa civile e colpa penale, vedi ID, *op.cit.*, pp.506 e ss.

256 Così, S. TASSI, *Il dolo*, Padova, 1992, p. 2.

257 In tal senso: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p.320; ID *Principi di diritto penale*, Padova, 2002, pag.149. L'autore argomenta tale ricostruzione ritenendo che il dolo sia della colpevolezza la forma originaria e fondamentale ed edificando la maggior gravità nell'espressione, da parte del dolo, del nesso psichico più intenso, stretto ed immediato tra fatto ed autore. Così facendo egli dimostra di riesumare, nell'impeto definitorio, un concetto proprio della concezione psicologica della colpevolezza, pur avendo fatto propria la concezione normativa in *op.cit.* p.293, come sottolineato anche da G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale (pt.gen).*, 4^ ed., Bologna, 2001, p.283 in nota n°10; su posizione particolarmente prossime T. PADOVANI, *Diritto penale*, 3^ ed., Milano, 1999, p.255, che definisce il dolo come forma prototipica della volontà colpevole; G. BETTIOL, *Diritto penale*, 11^ ed., Padova, 1982, p.451; e, da ultimo, per un orientamento che sembra aver metabolizzato maggiormente parte delle ricostruzioni della teoria finalistica: G. FIANDACA - E. MUSCO, *op.cit*., pag.276, ed in particolare p.313 s., ove gli Autori precisano prima come il dolo e la colpa rappresentino, *in primis,* degli elementi costitutivi del fatto tipico, perché in un diritto penale oggettivamente orientato la volontà criminosa assume rilevanza solamente nel momento in cui si traduce effettivamente in realizzazione concreta; affermando poi, che la seconda ed altrettanto fondamentale funzione del dolo sia quella di costituire la forma più grave ella colpevolezza. Tale ricostruzione però non ha nessun tipo di correlazione con la ricostruzione psicologica della colpevolezza, essendo edificata non su criteri psichici, ma sulla maggior intensità e sulla maggiore carica aggressiva di chi assale il bene protetto. Per ulteriori approfondimenti vedi anche, *infra*, nota n°9.

258 Così, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale* (*pt.gen.),* Padova, 2000, p.271. Tale autore, discostandosi dalla dottrina dominante sostiene inoltre che non ci sia nessun dato ontologico (volontà o coscienza) che differenzi il dolo dalla colpa. Respinge inoltre *in toto* la categoria dogmatica della colpevolezza alle pp.271 e 335 ss., dell'*op.cit.*

259 Una definizione similare, in formulazione analoga o cifrata, è rinvenibile anche in: A. DE MARSICO, C*oscienza e volontà nella nozione del dolo,* Napoli, 1930; F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960; R. VENDITTI, *Dolo* (*dir.pen.*), in N*ovissimo Digesto Ital*., vol.VI°, Torino, 1960, p.154 ss; D. SANTAMARIA, *Interpretazione dogmatica nella dottrina del dolo,* Napoli, 1961, p.57 ss.; E. MORSELLI, *Coscienza e volontà nella teoria del dolo,* in *Archivio Penale*, 1966, vol.I°, p.401; C. F. GROSSO, *Dolo* (dir.pen.), in *Enciclopedia giuridica Treccani,* vol.XXII°, 1989; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Torino, 2000, p.15 ss.; ID. *Voce dolo (dir.pen.),* in *Enciclopedia giuridica Giuffré*, Milano, 1992, p.750; W. HASSEMER, *Caratteristiche del*

imputazione soggettiva[260]. Da ultimo, non mancano quanti ritengono – aderendo alla teoria finalistica dell'azione – che il dolo sia l'oggetto valutato dal giudizio di colpevolezza, dimostrando così di considerarlo come un elemento costitutivo dell'azione e quindi del fatto tipico; le posizioni più rigorose negano, inoltre, che esso possa rappresentare anche una forma della colpevolezza[261].

Dalla ricognizione delle fonti bibliografiche riprodotte in nota, appare evidente il modo in cui le diverse definizioni vengano spesso a contaminarsi e a sovrapporsi reciprocamente, dimostrando come nessuna di esse possa dirsi in assoluto completa; in ultima istanza la principale utilità di ciascuna consiste nel concorrere alla migliore ricostruzione della linea dottrinaria sostenuta dall'autore. Pertanto, per evitare di restare impantanati nei meandri definitori, non può farsi altro che partire dalla cognizione di ciò che debba intendersi come delitto doloso[262], fornitaci, nel vigente codice, dalla legge stessa.

Quella contenuta nell'articolo 43, I° comma, alinea I, c.p., è infatti la nozione principale da cui prendere le mosse per l'analisi del dolo, perché qualunque altra definizione, fosse anche migliore, non potrebbe che aver valore *de jure condendo*[263] o esclusivamente nel dibattito dogmatico e teorico dottrinario, cui spetta il compito di orientare il legislatore spesso ancor più dell'interprete.

Arrestandosi, quindi, al solo elemento che denota un effettivo accordo tra tutte le differenti opinioni, si può affermare che nel dolo si manifesta sia la più consistente intensità

---

dolo, in *Indice Penale*, 1991, p.481; S. TASSI, *Il dolo*, *op.cit*., p.1ss; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, p.9ss; L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, 1993, p.578 ss; A. CADOPPI, *Mens rea*, in *Digesto pen*., vol.VII°, 1993, p.618; S. PROSDOCIMI, *Reato doloso*, *op.cit*., pag.235 ss; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale (pt.gen.)*, 15^ ed., Milano, 2000, p.343.

260 In tal senso, M. GALLO, *Appunti*, *op.loc.cit*.; G. BETTIOL, *op.loc.cit*.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *op.cit*., p.313; M. BOSCARELLI, *Compendio di diritto penale*, Milano, 1994, 8^ed., p.85 s., che preferisce però definirlo come presupposto positivo d'imputazione del fatto; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p.455, che lo qualifica come elemento soggettivo che costituisce il normale titolo d'imputazione del fatto di reato. Sulla stessa linea anche C. F. GROSSO, *op.cit*., p.1, che parla d'impronta di normalità della responsabilità penale a titolo di dolo.

261 Vedi, *supra*, nota n°1 e nota n°3.

262 In tal senso, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, *op.cit.*, p.15. L'autore specifica come il codice penale non dia una definizione del dolo ma, per l'appunto, di ciò che deve intendersi per delitto doloso, sottolineando come le due terminologie anche se apparentemente similari non siano tuttavia identificabili. La circostanza che non ci sia una disposizione che offra la nozione di dolo, bensì quella del delitto sorretto dal dolo, porta infatti a chiedersi se la struttura di questi sia desumibile dal solo art. 43 c.p., o se vi siano altre regole che contribuiscano ad individuare l'oggetto e il contenuto del dolo.

263 Così, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1985, p.752 ss., il quale può essere altresì utilizzato per un'approfondita analisi etimologica e storica del termine, in particolare in nota n°4. Sullo stesso tema dell'etimologia anche U. PIOLETTI, *Manuale di diritto penale* (*pt.gen*.), Napoli, 1969, p.155. Per la ricostruzione del pensiero di A. Rocco si veda, *supra*, cap.I°, §9 e §10.

aggressiva dell'agente nei confronti della vittima, sia il tenere maggiormente per vile il bene-vita tutelato dalla norma; ciò comporta, a sua volta, il destarsi di un maggior allarme sociale nella collettività che si sente tanto più minacciata quanto più intenzionalmente ed efferatamente sono prodotti gli attacchi al proprio patrimonio materiale e morale[264]. Per dette ragioni, è fisiologico che la responsabilità dolosa costituisca nei delitti[265] la regola, e sia quindi il "normale" criterio di imputazione soggettiva[266].

La medesima conclusione è inoltre desumibile, in via generale, dall'articolo 42, comma 2°, c.p., ove è disposto che nessuno possa essere punito per un fatto previsto dalla legge come delitto se non lo ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto colposo o preterintenzionale che, però, devono essere espressamente previsti dalla legge[267]. Dunque, mentre i delitti dolosi non hanno bisogno di un richiamo al dolo, i delitti colposi o preterintenzionali richiedono la menzione della colpa o della preterintenzione tra gli stessi elementi costitutivi della fattispecie legale, a meno che non si desumano dal contesto o dal sistema di incriminazioni in cui l'ipotesi colposa è inserita. Nel silenzio, o comunque in assenza di chiare indicazioni della legge sull'elemento soggettivo, il delitto è dunque soltanto doloso[268].

Come già premesso, il punto chiave da cui partire per elaborare una nozione base di dolo è costituito dall'articolo 43, comma I°, c.p., secondo il quale "*Il delitto è doloso, o*

---

[264] Così, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit.*, Bologna, 2001, pp.313 s., ed *ivi* rimando ad W. HASSEMER, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, trad. it. In *Archivio Penale* 1982, p.48 ss. Mentre la ricostruzione proposta dagli autori si edifica su di un concetto di dolo come volontà intenzionalmente volta a ledere i valori e i diritti che una società si è democraticamente data, contro T. PADOVANI, *Diritto penale, 5^ ed.*, Milano, 2001, p.255, abbracciando una prospettiva più marcatamente "*kelseniana*", identifica la maggior gravità dell'agire doloso rispetto a quello colposo, nell'atteggiamento dell'agente di messa in discussione della validità precettiva della norma violata. In tale atteggiamento, infatti, sarebbe ravvisabile, secondo l'autore, un'implicita contestazione dell'efficacia dell'ordinamento come insieme di norme finalizzate a dirigere la condotta dei consociati e quindi, in ultima istanza, un attentato alla stabilità dell'intero sistema normativo.

[265] Tanto C. F. GROSSO, *op.cit.*, p.15, e T. PADOVANI, *op.cit.*, p.255, quanto M. GALLO, *Il dolo, op loc.cit.*; ID, *Appunti di diritto penale, op.cit.*, p.15 nota n°1, sottolineano come la definizione legislativa, pur essendo formulata in riferimento ai soli delitti, debba invece ritenersi valida anche per le contravvenzioni pur essendo, queste ultime, figure criminose che meno pienamente partecipano ai caratteri dell'illecito penale. L'ultimo autore argomenta sottolineando come tale conclusione sia tratta, oltre che dall'ultimo comma dell'articolo 43 c.p., anche dall'art.133 c.p. che fissa i criteri alla stregua dei quali va determinata la pena irrogata in concreto e indica come la gravità del reato vada desunta, fra l'altro, dall'intensità del dolo e dal grado della colpa. Tale norma, infatti, a detta dello stesso autore, concerne ogni reato e si applica, pertanto, sia ai delitti che alle contravvenzioni.

[266] Vedi, *supra*, nota n°6.

[267] G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.loc.cit.*; *idem* F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, Padova, 2002, p.149; e M. GALLO, *Appunti, op.loc.cit*, il quale però edifica la medesima conclusione sul dettato dell'articolo 43.

[268] Così, F. MANTOVANI, *op.cit.*, p. 321.

secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione"[269]. Tale definizione è tuttavia minata da due limiti estremamente gravosi il primo dei quali è costituito dalla consistente problematicità di ricostruire in termini univoci il corretto significato da attribuirsi al termine "evento"[270]; il secondo è rappresentato dalla mancanza di completezza della suddetta che, essendo nata da un vero e proprio compromesso dottrinario[271], si rivela antitetica rispetto alle conclusioni che si possono trarre dall'analisi dell'impianto generale del codice penale. Così, mentre l'articolo 43 c.p. esprime il nucleo del dolo circoscrivendolo alla previsione e alla volontà del solo evento materiale o giuridico, il corpo delle leggi penali rivela come il medesimo (nella sua accezione base di dolo generico) sia rappresentazione e volontà del fatto materiale tipicamente previsto dalla legge come reato; ergo non del solo evento, ma di tutti gli elementi oggettivi, positivi e negativi, di cui la fattispecie tipica si compone.

La nozione del dolo come rappresentazione e volontà del fatto tipico non si ricava quindi dal solo articolo 43 c.p. ma, dal combinato disposto degli articoli 42, comma I°, c.p., e 43 c.p., con tutte le altre disposizioni che concorrono a determinare gli elementi della fattispecie tipica di reato di cui l'agente deve avere coscienza e volontà; tra queste sono fondamentali quelle che prevedono situazioni in presenza delle quali è esclusa la punibilità a titolo di dolo[272].

Da tale ricostruzione il concetto normativo di dolo è quindi elaborato anche alla luce delle disposizioni contenute negli articoli 5, 44, 47, e 59, c.p. disciplinanti nel ordine:

---

[269] Per più ampi approfondimenti sull'articolo 43 c.p., vedi, *infra*, §2° e §3°. Quanto al pensiero di A. Rocco vedi, *supra*, cap.I°, §10.

[270] Così M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, *op.cit.* p.16 e pp.55 ss; ID, *voce Dolo*, *op.cit.*, p.750 e pp.765 ss; ID. *Il dolo, oggetto ed accertamento*, Milano,1953; per l'autore infatti il termine "*evento*" non deve essere inteso nel senso ordinario di risultato naturale della condotta, bensì nel senso di lesione o di messa in pericolo dell'interesse protetto dal diritto. Per maggiori approfondimenti sulla tematica, nonché per un'approfondita critica a tale ricostruzione si veda: F. ANTOLISEI, *op.cit*., nota n°37 pp.346 ss. Si può inoltre consultare G. FIANDACA - E. MUSCO *op.cit.*, p.315, nonché pp.191 ss. L'intera problematica è di fondamentale importanza per la trattazione dell'argomento dell'oggetto del dolo, sul quale *infra*, §3°.

[271] Così, A. PAGLIARO, *op.loc.cit.*, e G. FIANDACA - E. MUSCO, *op.loc.cit.*, per il quale la predetta definizione legislativa nacque dallo sforzo della dottrina di produrre un compromesso tra le due teorie della rappresentazione e della volontà che si contendevano il campo al momento della redazione del codice Rocco. Per un ulteriore approfondimento gli stessi autori rinviano ad A. DE MARSICO, *op.cit.*; E. MORSELLI, *op.cit.*, p.406; W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind.Pen*., 1991, p.481; L. EUSEBI, *op.cit*.; S. PROSDOCIMI, *op.cit*., p.235 ss; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1999. Vedi anche, *supra*, cap.I°, §10.

[272] In tal senso, M. GALLO, voce *Dolo*, *op.cit.* p.751, che sottolinea come: "[…] *se verificandosi determinate ipotesi, viene meno ogni responsabilità per dolo, e residua tutt'al più una punibilità a mero titolo di colpa, siamo autorizzati a concludere che tra gli elementi costitutivi del dolo rientra anche il contrario della situazione che ha per effetto di escluderlo*."

l'ignoranza della legge penale, le condizioni obiettive di punibilità, l'errore di fatto e, da ultimo, le circostanze non conosciute o erroneamente supposte[273].

Per completezza di trattazione non può non sottolinearsi come la dogmatica degli ultimi decenni abbia manifestato una forte tendenza a porre in crisi i tradizionali criteri di scomposizione e analisi del reato considerando il dolo, sulla scia della dottrina finalistica dell'azione, come elemento costitutivo della condotta o del fatto. Anche se larghe frangie della dottrina non valutano opportuno l'abbandono dei criteri tradizionali, non mancano tuttavia quanti ritengono proficuo, specie sotto il profilo funzionale, affrontare il problema del dolo in tale prospettiva[274].

L'esposizione sinora svolta presenta ovviamente tutti i limiti di sinteticità ed approssimazione tipici di ogni ricognizione del panorama dottrinario, limiti ancora più consistenti in visione della complessità della materia trattata. Il concetto di dolo va pertanto ulteriormente esaminato in primo luogo sotto il profilo della struttura e dell'oggetto, poi anche delle forme, dell'intensità, e delle problematiche associate al suo concreto accertamento.

- 2) La struttura del dolo come *sedes materiae* usuale per la determinazione dei confini con la colpa.

[273] In tal senso, ancora M. GALLO, *voce Dolo*, *op.cit*., pp.753 s.; C. F. GROSSO, *op.loc.cit*., che accentrano la trattazione in particolar modo sull'analisi dell'articolo 47 c.p.; e F. MANTOVANI, *op.cit.,* p.321. Tale autore dopo aver formulato la suddetta ricostruzione ritiene opportuno, nonché auspicabile nella prospettiva di una futura innovazione legislativa, la riformulazione dell'articolo 43, comma 1°, c.p., secondo lo schema della originaria stesura del codice Zanardelli (art. 45/1 c.p.). L'art. 43/1 c.p., dovrebbe pertanto essere così letto : «Il delitto è doloso quando il fatto, che costituisce il reato, è dall'agente preveduto e voluto». Nella sua più esauriente chiarezza tale definizione, oltre ad abbracciare il dolo dei delitti di evento e dei delitti di condotta, delineerebbe più nitidamente i confini con la colpa il che svolge un ruolo fondamentale soprattutto per il superamento del difficile punto di discrimine tra il dolo eventuale e la colpa cosciente. Per G. BETTIOL, *Diritto penale (pt.gen.)*, Padova, 1989, già citato in M. GALLO, *op.loc.cit.*, la definizione di dolo si ottiene coordinando l'articolo 43 c.p., con l'articolo 55 c.p. oltre che con gli articoli 5, 59, e 57, c.p., l'autore non cita affatto l'art. 44 c.p., dimostrando dunque di ritenere più appropriato sostituire l'errore di fatto con l'eccesso colposo; G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*. preferiscono invece menzionare gli articoli 5, 47, 59 c.p. i quali forniscono la disciplina dell'errore; *idem* S. TASSI, *Il dolo*, Padova, 1992, p.1; G. MARINI, *op.cit*. p.455, fa invece dipendere l'elaborazione della nozione di dolo dal combinato disposto degli articoli 5, 47, 59, 60, 82 s., 116 s. c.p., asserendo che solo in questo modo si possa sviluppare una ricostruzione del dolo e del suo oggetto, idonea ad essere usata in tutto l'ambito penalistico senza il rischio di doverne frammentare il significato a secondo dei casi sottoposti dalla realtà all'interprete; M. BOSCARELLI, *op.cit*. p.86 focalizza in particolar modo l'attenzione sulla trattazione degli articoli 47 e 59 c.p., aderendo così anche egli, alla teoria per la quale si può ricostruire il dolo solamente dopo aver proceduto all'analisi di tutta la disciplina dettata dal legislatore sulla materia dell'elemento soggettivo del reato.

[274] Sul punto, in particolar modo, C. FIORE *op.cit*. p.212; nonché, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato,* 1991, pp.547 ss.; L. PICOTTI, *op.cit., p*p.574 ss.

Con il termine struttura si intende normalmente descrivere l'insieme degli elementi che costituiscono l'essenza del dolo, *id est* le componenti psicologiche che devono essere necessariamente riscontrate come esistenti in un soggetto affinché il suo agire possa essere detto doloso e, di conseguenza, penalmente sanzionato [275]. Giova in questa sede sottolineare che la strutturazione dei singoli elementi soggettivi del reato può essere oggetto di analisi e di approfondimento differenziato in base al punto di vista dal quale la tematica è trattata, con discordanze, spesso anche considerevoli, tra l'impostazione ritenuta preferibile dai singoli autori in sede dommatico-dottrinaria, e quella che è la strutturazione del dolo, della colpa e della preterintenzione adottata da parte del codice vigente[276].

Ammessa come pacifica la necessità della volontarietà della condotta attiva od omissiva, requisito in realtà presente nel diritto penale sin dalla sua protostoria[277], la dottrina è andata alla ricerca del legame psicologico più idoneo a correlare l'evento conseguente al comportamento tenuto, all'azione volontaria[278]; così sull'essenza del dolo si sono succedute nel tempo tre teorie: dell'intenzione, della rappresentazione e della volontà[279], ciascuna delle quali, individualmente presa e privata di qualunque forma di interazione con le altre, ha palesato limiti consistenti soprattutto nella ricostruzione delle figure di confine del dolo eventuale e della colpa con previsione[280].

La *prima teoria* muoveva dalla premessa generale che l'azione non è che un mezzo finalizzato al conseguimento di uno scopo. Essa individuava *l'intenzione* come unico elemento costitutivo della struttura del dolo, descrivendola come volontà tendente verso un determinato risultato[281]. Questa teoria peccava per difetto, non consentendo di comprendere

---

[275] In tal senso, A. PAGLIARO, *op.cit.*, p.271*; idem* T. PADOVANI, *op.cit.*, p.260 che parla di coefficienti psichici reali sottolineando come l'aggettivo "reale" venga a significare che essi devono essere effettivamente presenti nell'agente nel momento in cui realizza la condotta tipica. G. MARINI, *op.cit.*, p.456 specifica da ultimo come la realtà debba essere concepita come incompatibilità con ricostruzioni ipotetiche.

[276] Come già più volte ribadito, pertanto, non si può evidenziare ancora una volta come il ruolo della dogmatica non possa che essere quello di guidare l'interpretazione dei testi normativi controversi, nel rispetto dei dati presenti nel diritto positivo, che vanno sempre e comunque rispettati, e quella di orientare il legislatore che si accinga a realizzare delle riforme del diritto penale.

[277] Come visto antecedentemente, *supra*, cap.I°, §2 e §3.

[278] Così, G. BETTIOL, *op.cit*., p.454.

[279] Vedi, più ampiamente, *supra*, cap.I, §9.

[280] Sul tema vedi anche, *supra*, cap.I°, §9 e §10.

[281] Per A. PAGLIARO, *op.cit.*, p.272, tale ricostruzione strutturale è addirittura risalente al periodo storico in cui la nozione penalistica di dolo si staccò da quella civilistica ("*omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum, alterum adibita"*: d. 4, 3, 1 §2°) – anche vedi *supra* - §§1,2,3 - che, in quanto incentrata sull'inganno e sulla malizia, si rivelò inadeguata rispetto ai reati non fraudolenti. Fu allora

nel suddetto titolo di imputazione soggettiva i casi di dolo eventuale[282]; casi nei quali, pur mancando nell'agente l'intenzione diretta a produrre l'evento fattualmente verificatosi, sia la dottrina maggioritaria che la giurisprudenza non esitano a riscontrare un elemento soggettivo *latu sensu* doloso[283].

Fu tuttavia nel confronto tra la dottrina della rappresentazione e quella della volontà che, prima dell'emanazione del codice Rocco, la disputa sulla struttura del dolo conobbe la contrapposizione più accesa[284].

La teoria della rappresentazione si sviluppò a partire dal 1800 muovendo i primi passi dalla psicologia dinamica analitica, disciplina all'epoca molto in voga negli ambienti intellettuali, e a tutt'oggi riaffiorante qua e là anche nella recente dottrina. La suddetta si basava sull'assunto che la volontà, esaurendosi nell'impulso dato ai nervi motori, potesse avere per oggetto solo il movimento corporeo, il che implicava, a sua volta, che l'evento conseguente all'azione potesse essere soltanto previsto dalla mente, ma non voluto. Partendo da siffatte premesse si ritenne che per qualificare il dolo, accanto alla volontarietà dell'azione e dell'omissione, fosse necessaria la *previsione* dell'evento lesivo, vale a dire la rappresentazione mentale anticipata[285] dell'evento come conseguenza del proprio comportamento. Poiché senza la previsione il dolo era considerato insussistente, la semplice previsione fu dunque ritenuta condizione necessaria e sufficiente per riconoscere come doloso

---

che s'individuò la struttura del dolo penale essenzialmente nella intenzione, cioè nel tendere della volontà verso un determinato risultato. L'autore continua a sottolineare come, secondo questa teoria, il dolo di omicidio avrebbe supposto l'intenzione di cagionare la morte di un uomo come mezzo necessario per conseguirlo. Similmente F. MANTOVANI, *op.cit.,* p.323.

[282] Particolarmente interessante è notare come in alcune delle fonti più risalenti, quali in particolare: A. DI LORENZO, *I limiti Tra dolo e colpa*, *op.loc.cit., passim*, e G. BECCARI, *La conseguenza non voluta*, *op.loc.cit., passim*, (e, ad onor del vero, anche nella maggior parte delle fonti contemporanee) il dolo eventuale è assunto come un vero e proprio dogma concettuale l'incompatibilità con il quale è di per se stessa idonea e sufficiente a dimostrare la fallacia o la correttezza di qualsiasi disputa dottrinaria sulla struttura del dolo e sui confini del medesimo con la colpa. Non vi sono poi elaborazioni dommatiche che si siano sviluppate prescindendo completamente dal dolo eventuale, motivo per cui non è mai stata compiutamente valutata la tenuta concettuale di un sistema in cui tale elemento soggettivo volesse essere escluso. In verità in un orizzonte tecnico giuridico, gli unici dogmi inamovibili dovrebbero essere quelli posti dalle norme del diritto positivo e dalla costituzione.

[283] Per la tesi contraria, secondo la quale il dolo eventuale non costituirebbe un'autentica forma di dolo ma solamente un doppione mascherato della colpa cosciente, vedi: G. FORTE, *Il dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., vol.II°, 2000, p.822 ss., nonché, *infra*, cap.III°, §8.

[284] Contrapposizione che secondo S. PROSDOCIMI, *op.cit.,* p.238, è stata anche fortemente incentivata da influssi di carattere filosofico, psicologico ed infine anche teologico. Per maggiori approfondimenti si può consultare per tutti G. LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.,* 1990, p.1501. Vedi anche, *supra*, cap.I°, §9.

[285] Così G FIANDACA - E. MUSCO, *op.cit.,* p.315, ed *ivi* rimando a H. MAYER, S*trafrech, AT, Stuttgart*, 1967, p.118; *idem* F. MANTOVANI, *op.loc.cit.*

un dato comportamento. Nell'intento di elaborare un concetto di dolo, che potesse abbracciare le ipotesi dolose non intenzionali, tale teoria finì per dilatare eccessivamente l'ambito del dolo fino a comprendervi i casi di «colpa con previsione dell'evento» (art. 61 n. 3)[286], casi che vanno moltiplicandosi con l'accrescersi delle moderne attività pericolose[287].

Pur essendone consolidato il superamento nella critica italiana, una vera e propria rinascita della teoria rappresentativa si sta via via sviluppando in Germania con progressivo ridimensionamento del ruolo della volontà[288].

Le teorie che postulano una strutturazione del dolo in chiave rappresentativistica, infatti, risultano più facilmente armonizzabili con la polarizzazione del diritto penale sul concetto di rischio che ha progressivamente permeato il diritto tedesco e con esso, per similitudine o emulazione, anche il diritto italiano (dove, però, al contrario dell'ordinamento teutonico, l'elemento soggettivo del reato e specificatamente disciplinato nel codice penale[289]). Il rischio, infatti, è un ente ontologicamente correlato all'entità del pericolo per gli oggetti di tutela protetti dall'ordinamento, e la sua semplice previsione, anche disgiunta dall'accettazione (come avviene nella colpa cosciente), è di per se stessa sufficiente a fare avanzare nei confronti del soggetto un rimprovero per aver consentito il verificarsi di un evento delittuoso che pur questi si era rappresentato. Sotto il profilo processuale dell'accertamento del dolo, inoltre, la rappresentazione come prevedibilità è più agevolmente dimostrabile, potendo essere evinta con maggior certezza (o presumibilità) dalle modalità del fatto e dall'analisi in concreto della condotta, integrata dalle conoscenze che l'agente aveva al momento del compimento dell'azione attiva od omissiva.

---

[286] A. PAGLIARO, *op.cit*., p.273 facendo, *ivi*, l'esempio classico del guidatore che conduce l'autovettura a velocità eccessiva pur prevedendo la possibilità di investire qualche passante; il che poi effettivamente avviene.

[287] Così, G. BETTIOL, *op.cit*., p.255; L. PETTOELLO - MANTOVANI, *Diritto penale, op.cit.* p.275; F. MANTOVANI, *op.loc.cit;* A. PAGLIARO, *op.cit*. p.275. Mentre sul concetto di società attuale come *società ad alto rischio* si possono vedere: U. BECK, *Risikogesellshaft. Aauf dem Veg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986, *passim*, trad.it., *La società del rischio,* Roma, 2000; e F. STELLA, *Giustizia e modernità,* Milano, 2001, p.XI e pp.3 ss, entrambi già citati in V. SCORDAMAGLIA, *La responsabilità penale del cardiochirurgo,* Atti del convegno di Villa Mondragone del 16 novembre 2001, p.1.

[288] Così, S. PROSDOCIMI, *op.cit,* p.242, ID. *Dolus eventualis, (Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali),* Milano, 1993, p.9 ed *ivi* nota n° 9 per maggiori approfondimenti; per un più diffuso accenno al deprezzamento dell'elemento volitivo si possono consultare inoltre: L. EUSEBI, *op.cit*. pp. 9 ss., e 21 ss., e G. FIANDACA - E. MUSCO, *op.cit*. p.316, dove si sottolinea come la direzione presa dalla dottrina tedesca sia stata causata dall'antitesi della difficoltà oggettiva di dimostrare processualmente la volontà come requisito psicologico reale, con la concezione funzionalistica della colpevolezza cui l'area culturale tedesca naturalmente protende. Completamente differente è la situazione in Italia dove, al contrario, si tende ad una concezione garantistica della colpevolezza stessa.

[289] In argomento: G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco, op.loc.cit., passim*. Vedi anche, *supra*, Considerazioni introduttive, §3, ed, i*vi*, nota n°55.

In tale contesto il maggior rischio è tuttavia quello di cedere alla tentazione di riesumare ancora una volta il *dolus in re ipsa* ed il *dolus praesumptus*[290], essendo facilmente sostenibile che, specie negli eventi particolarmente gravi o tali da suscitare un considerevole allarme sociale, il soggetto agente non possa non essersi rappresentato la possibilità che alla propria condotta si associasse il verificarsi di eventi diversi da quelli voluti e costituenti reato.

Per superare i difetti e gli eccessi della suddetta dottrina fu quindi elaborata *la teoria della volontà*.

Questa, privilegiando l'elemento volitivo, affermava che il dolo fosse costituito, oltre che dalla previsione dell'evento lesivo anche dalla volontarietà dello stesso, rivelandosi quindi caratterizzato dalla volontà tanto della condotta materiale che del fatto tipico. Quest'ultima ricostruzione, ritenendo implicito il requisito della rappresentazione nella volizione[291], e considerando il dolo eventuale come un dogma irrinunciabile, fece rientrare nel concetto di volontà normativamente intesa non solo l'intenzione diretta alla produzione del evento, ma anche l'accettazione del rischio dell'ipotetico prodursi del medesimo, includendo così anche il dolo indiretto nel novero delle situazioni soggettive propriamente dolose. Da ciò derivò che, in tutti i casi in cui la norma incriminatrice non richiedesse che l'evento fosse stato la finalità o una delle finalità prese di mira dall'attività criminosa dell'agente, perché esso potesse dirsi voluto sarebbe bastato provare che il reo avesse accettato concretamente il rischio della sua verificazione.

Anche tali teorie, in ovvia risposta al neo-rappresentativismo, stanno cominciando a vivere una nuova primavera. Appare pertanto evidente come i postulati della concezione normativa della colpevolezza e con essa l'avvento del rischio come orizzonte totalizzante del diritto penale contemporaneo in grado di unificare dogmaticamente il dolo e la colpa, (contrariamente alla teoria psicologica che era decaduta proprio per l'incapacità di realizzare una *reductio ad unitatem* del sostrato di base degli indicati elementi soggettivi) sia riuscita progressivamente a penetrare anche nelle concezioni volontaristiche del dolo, spesso senza realizzare le necessarie chiarificazioni circa l'idea di volontà che deve incarnare il dolo stesso.

Se il concetto di volontà continua ad assumersi nell'accezione di intenzione finalisticamente protesa ad uno scopo, come avviene nel codice Rocco, allora il dolo

---

290 Su tali concetti vedi *supra*, cap.I°, §7.

291 Così, G. FIANDACA - E. MUSCO, *op.loc.cit.*, e F. MANTOVANI, *op.loc.cit.*; *contra* A. PAGLIARO, *op.cit.* p.273, il quale, asserendo come il dolo nella sua struttura sia solo volontà e che quest'ultima abbracci tanto l'intenzione che il consenso, specifica che il ritenere che la medesima si riferisca all'evento, implica l'abbandono della teoria della rappresentazione.

eventuale non potrà che ritenersi come un concetto che, pur dotato di una validità dommatica astratta e teorica, ed idealmente adottabile in un sistema normativo che volesse disciplinarlo, non è tuttavia da ritenersi compatibile con il diritto positivo vigente, in cui la previsione dell'evento non voluto come conseguenza accessoria di una condotta lecita, fa parte esclusivamente della descrizione tipica della colpa cosciente indicata dall'art. 61, n°3, c.p. Unica alternativa potrebbe essere pertanto quella di concepire l'elemento volontaristico nell'accezione di "*scelta*" in favore del verificarsi dell'illecito quale opzione etico-giuridica che denoti un disprezzo per l'oggetto della tutela. Ma su tale questione torneremo più diffusamente in prosieguo[292].

In conclusione, ritenendo predominante il profilo della rappresentazione della condotta e dell'evento, il dolo eventuale rientra a pieno titolo nel dolo assorbendo in se quegli spazi attribuibili alla colpa con previsione che diviene così una figura residuale come lo era per Carrara e Zanardelli[293]. Sostenendo al contrario che il dolo sia strutturalmente caratterizzato da una dominanza dell'elemento volontaristico riferito tanto alla condotta che all'evento, il discrimine tra dolo e colpa viene ad edificarsi esclusivamente nella volizione o meno dell'evento, con conseguente riduzione dell'ambito di applicazione del dolo eventuale ai soli casi limite dotati di particolare disvalore[294] e, come visto, fu proprio la mancanza nel dolo eventuale di una autentica volizione ad indurre i volontaristi a edificare il dolo indiretto sull'accettazione del rischio come *fictio* di una *plena voluntas* dogmaticamente ad essa equiparata.

Dal contemperarsi delle diverse dottrine fatto proprio dal legislatore[295], si è giunti attualmente ad un sostanziale accordo nel ritenere che il dolo sia strutturalmente tanto volontà che rappresentazione e sia composto dagli indicati elementi[296] in tutte le forme che è in grado

---

[292] Sul punto vedi *infra*, cap.III°, §8, e Conclusioni.

[293] Vedi, *supra*, cap.I°, §10.

[294] In tal senso: D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dommadica nella dottrina del dolo, op.loc.cit.*, p.41, che cita, in nota n°14, G. STRATENWERT, *Dolus eventualis und bebwusste arlassigkeit*, in *ZStW.*, 71, 1959, pp.51 e ss., e Arm., KAUFMANN, *Der dolus eventuals im Deliktsaufbau, ibid*, 70, 1959, pp. 64 e ss. Sulla medesima posizione V. SCORDAMAGLIA, *La responsabilità penale del cardiochirurgo, op.loc.cit.,* p.8.

[295] Così, A. PAGLIARO, *op.loc.cit.*, il quale sottolinea come al momento della redazione del codice penale nessuna delle tre teorie potesse considerarsi dominante, rinviando per l'approfondimento sul dibattito dottrinale vigente all'epoca agli autori *ivi* citati in nota n° 4.

[296] In tal senso: G. FIANDACA - E. MUSCO, *op.cit*. p.316; F. MANTOVANI, *op.cit*. p.323; G. FORNASARI, in *Introduzione al sistema penale*, AA.VV., Torino, 2000, p.156; R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale, (pt.gen.),* Padova, 3^ed., 2001, p.255, il quale richiama l'attenzione sulla sentenza 364/1988 della Corte costituzionale definita come sentenza epocale per aver chiarito come per aversi dolo e necessario che il soggetto agente abbia la rappresentazione e la volontà degli elementi costitutivi della fattispecie tipica e la consapevolezza

di assumere, pur attribuendosi alla volontà un ruolo chiave e predominante; se mancasse la volontà, infatti, non basterebbero ad integrare il dolo atteggiamenti psicologici quali il desiderio, la speranza, e simili. Ciò detto và tuttavia sottolineato che la rappresentazione (*id est* coscienza, conoscenza, previsione) e la volontà, pur essendo categorie psicologiche distinte, sono tuttavia indissolubilmente correlate; può esservi infatti la prima senza la seconda ma non viceversa, perché la volontà senza la rappresentazione sarebbe cieca (*nihil volitum nisi praecognitum*)[297].

Nella ricostruzione illustrata molti ravvisano un'originale rivalutazione dell'inflessione finalistica, dove il concetto di volontà è concepito nel senso comune come volontà dell'azione e dell'evento[298]. Avendo chiarito come ai sensi dell'art.43 c.p. il legislatore abbia dato del dolo una definizione complessa nella quale si integrano profili intellettivi (*id est* rappresentativi) e volitivi non resta che passare alla singola trattazione dei medesimi[299].

L'elemento intellettivo del dolo è dunque costituito dalla rappresentazione di tutti gli elementi costitutivi essenziali del fatto tipico di reato, secondo la descrizione risultante dalle norme incriminatrici (presupposti, condotta, evento, ecc.); ciò implica che qualora l'agente non conosca o si rappresenti erroneamente un elemento costitutivo del fatto tipico, la punibilità sarà esclusa per mancanza di dolo[300]. Poiché ogni singola fattispecie di reato si compone sia di elementi descrittivi che di elementi normativi bisogna poi indicare come il dolo si atteggi nei confronti di ciascuno di essi; così, mentre negli elementi descrittivi basta che il soggetto conosca gli elementi del mondo esterno per come appaiono nella dimensione naturalistica, quando si tratta di quelli normativi il soggetto dovrà avere la consapevolezza del loro valore giuridico. Tale apprezzamento non dovrà però necessariamente corrispondere al

---

che il fatto che sta per compiere è un illecito penalmente sanzionato. Ciò nonostante la dottrina maggioritaria ritiene che, nei confronti di numerosi elementi oggettivi del fatto stesso, sia sufficiente la sola rappresentazione, cosi: C. F. GROSSO, *op.cit*., p.7; e G LATTANZI.- E. LUPO, *Codice penale, Rass. di giur. e dottr*. vol.II°, tomo I, Milano, 2000, p.193.

297 G. FIANDACA - E. MUSCO, *op.loc.cit*. Gli autori dimostrano di aver ben presente la possibilità che si verifichino casi di sola rappresentazione come gia indicato dalla precedente nota.

298 G. LATTANZI – E. LUPO, *op.loc.cit*.; L. EUSEBI, *Il dolo*, *op.cit*., p.114.

299 R. VENDITTI, *op.cit.*, p.156.

300 In tal senso: G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit.*, p.318; F. ANTOLISEI, *op.cit.*, p.353; T. PADOVANI, *op.cit*. p.261; e F. MANTOVANI, *op.cit*., p.322, il quale tiene in particolar modo a sottolineare come il termine "*conoscenza*" non vada però considerato in senso stretto perché vi sono delle casistiche, come ad esempio lo stato di dubbio, che pur non essendo definibili come conoscenza concreta della realtà, non escludono tuttavia il dolo.

parametro giuridico cui la norma si riferisce, essendo sufficiente che l'agente ne abbia una comprensione meramente generica, vale a dire la normale conoscenza dell'uomo comune[301] o, per dirla con *Mezger*[302], una "*conoscenza parallela nella sfera laica*".

Sotto *il profilo volitivo,* il dolo consiste nella volontà consapevole di realizzare il fatto tipico[303], volontà che abbraccia (*rectius:* "*dovrebbe abbracciare*", secondo il codice vigente) tanto il dolo intenzionale – o diretto –, che il dolo eventuale. Il primo si ha quando la volontà ha direttamente di mira l'evento tipico ed è volta alla realizzazione del medesimo, in quanto previsto come certo o anche solo come possibile. Il secondo, detto anche indiretto, si ha invece quando la volontà non si dirige direttamente verso l'evento, ma l'agente lo accetta come conseguenza eventuale ed ulteriore della propria condotta[304], pur non intendendo realizzarlo o anche, addirittura, sperando che esso non si verifichi.

Eventuale è dunque il dolo che si manifesta nel caso in cui l'agente non può vedere *illico et immediate* il fine ultimo del proprio operare perché, conseguenze indesiderate (possibili o non improbabili[305]) consistenti nella verificazione di reati si assocerebbero al risultato della propria condotta; tuttavia, nell'alternativa tra l'attivarsi o il rimanere inerte, e rinunciare quindi a perseguire il proprio scopo, egli opta per l'azione nonostante la consapevolezza del possibile verificarsi di un risultato delittuoso[306]. Ciò che caratterizza il dolo eventuale è dunque la risoluzione del soggetto agente ad operare a qualunque costo, con

---

301 F. MANTOVANI, *op.loc.cit* e T. PADOVANI, *op.loc.cit.,* sottolineano a riguardo che proprio perché il grado di autocoscienza del proprio agire è diverso e variabile a secondo ei soggetti che il legislatore abbia abbassato l'apprezzamento del dettato normativo a quello del contesto socioculturale dell'uomo comune.

302 E. MEZGER, *Strafrecht*, Berlin, 1955, p.328.

303 Sul punto esiste una divergenza di dottrina tra G. FIANDACA – E. MUSCO E., *op.loc.cit*., che ritengono che la volontà debba abbracciare tutti gli elementi costitutivi del fatto tipico esclusa la condotta, e T. PADOVANI, *op.loc.cit.,* che ritiene invece che il momento volitivo del dolo non abbracci i presupposti ma debba investire pienamente la condotta. Il primo autore completa la trattazione sottolineando che il dolo come volontà non vada confuso con il movente dell'azione delittuosa consistente nello stimolo o nell'impulso di tipo affettivo che spinge il soggetto ad agire (es. odio o vendetta) e continua con il sottolineare, per completezza di trattazione, come l'imputazione a titolo di dolo, per il principio *cogitationis poenam nemo patitur*, presuppone che la volontà si traduca in realizzazione almeno sotto il profilo del tentativo punibile ex articolo 56 c.p.

304 S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit*.; G. A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente* in, *Riv. It.dir.proc.pen.,* 1988, p.113; G. LICCI, *Dolo eventuale,* in *Riv.it.dir.proc.pen.,* 1990, p.1498; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente, Milano,* 1999. Per la dominante teoria *dell'«accettazione del rischio»* si possono inoltre consultare le sentenze*: C*ass., 17 marzo 1980, in *Cass.Pen* 1981, p.524; 15 marzo 1982, in *Riv.Pen.,* 1983, p.398*;* 25 novembre 88, in *Cass.Pen.,* 1990, p.233; 12 maggio 92, *ivi,* 1993, p.1121; sent., 10 novembre 1996, *ivi* 1998, p.808. Per ulteriori approfondimenti vedi, *infra,* cap.3°.

305 G. JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin, 1983, p.222.

306 Così, V. SCORDAMAGLIA, *op.cit.*, p.6. Il quale sottolinea che il fine ultimo cui l'agente protende deve essere un fine lecito, o meglio, non inteso alla commissione di un reato, perché altrimenti il dolo non sarebbe eventuale, ma intenzionale.

una scelta di volontà orientata all'accettazione del rischio; scelta che non è presente nella colpa con previsione e che esprime un senso di rivolta verso l'ordine giuridico e quindi il tenere per vile, o quantomeno il non rispettare, un bene protetto dalla legge[307].

Il criterio della accettazione del rischio (anche se scorretto o quantomeno discutibile sotto il profilo terminologico, essendo quello del rischio il campo proprio e tipico della colpa[308]) pur cominciando a vacillare in modo consistente sotto il peso delle sempre più stringenti e consistenti critiche, continua tuttavia – da parte della dottrina maggioritaria – ad essere ritenuto preferibile ai fini della migliore individuazione della struttura del dolo eventuale, della sua collocazione nel dolo-volontà e della sua differenziazione dalla colpa cosciente.

In base a quanto detto risulta evidente come tra volontà ed evento non esiste, nel dolo eventuale, quel rapporto di contraddizione, quella *"controvolontà",* o meglio "*non-volontà*" che per legge deve caratterizzare la colpa, quand'anche si manifestasse nella sua forma di confine con il dolo. Punto particolarmente critico è quindi quello della differenziazione del dolo eventuale dalla colpa cosciente, argomento quest'ultimo che, come visto, costituisce la problematica originatrice di tutte le controversie sulla struttura del dolo. Sotto il profilo della concretezza la questione più ardua circa il dolo eventuale resta invece quella dell'accertamento, problema che si ripropone anche rispetto al criterio della accettazione del rischio[309].

- 3) <u>L'oggetto del dolo: il fatto tipico, *id est* l'evento in senso giuridico. I rapporti tra il fatto tipico ed il dolo eventuale.</u>

Avendo accertato come il dolo sia strutturalmente tanto rappresentazione che volontà, resta da affrontare l'argomento dell'oggetto, tematica che è volta all'analisi di ciò che debba essere dall'agente rappresentato e voluto.

Anche in questo caso il punto di partenza può essere individuato nell'articolo 43, comma 1°, c.p., che riferisce la volontà colpevole "*all'evento dannoso o pericoloso che è il*

---

307 In argomento vedi anche, *supra,* cap.I°, §10, nonché, *infra,* cap.III°, *passim* e, in particolare, §6.

308 In tal senso: V. SCORDAMAGLIA, *op.cit*., p.7, ed *ivi* rimando a A. PAGLIARO, *op.cit.,* p.276; ID., *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (In tema di dolo eventuale e dolo in re ipsa, ed errore su legge extra penale),* in *Cass.Pen.,* 1991. p.312 e pp.322 ss.; L. EUSEBI, *op.cit.* p.176. L'autore sottolinea, inoltre, come il criterio dell'accettazione del rischio sia insicuro anche perché, ai fini del dolo eventuale, è necessario poter affermare che l'agente avrebbe agito, *ceteris peribus*, anche nella certezza di produrre l'evento.

309 V. *infra,* cap.III°, §5°.

risultato dell'azione o dell'omissione[310]". Come gia detto, la scelta operata dal legislatore si è rivelata equivoca e poco felice, ponendo l'interprete nel dubbio se l'evento cui la norma fa riferimento sia quello "*naturalistico*", cioè il risultato materiale della condotta, o l'evento in senso "*giuridico*", vale a dire l'offesa dell'interesse protetto dalla norma penale incriminatrice.[311]

Così, ove si accogliesse la tesi che l'articolo 43 c.p. faccia riferimento all'evento naturalistico, si perverrebbe alla conseguenza paradossale di dover ritenere che la definizione legislativa del dolo non copra i reati di mera condotta, peraltro statisticamente più numerosi[312]; al contrario, concependo l'evento in senso giuridico, si incorre nell'obiezione che nei reati cosiddetti di creazione legislativa, all'agente potrebbe essere avanzato un rimprovero di colpevolezza circa il carattere lesivo del fatto solamente dopo aver accertato che questi avesse antecedentemente avuto l'effettiva conoscenza della legge applicabile al caso in oggetto[313]. Ciò è tuttavia in piena antitesi con l'articolo 5 c.p., che dispone che nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale seppur nei limiti chiariti e "*costituzionalizzati*" dalla sentenza della Corte costituzionale n°364 del 1988[314].

---

[310] Così, G. FIANDACA - E. MUSCO, *op.cit.*, p.322, che pur riconoscendo ivi che l'oggetto del dolo trovi un preciso riscontro nell'articolo 47 c.p.; su posizioni similari M. GALLO, *Appunti, op.cit*., p.22; ID, *voce Dolo, op.cit.*, p.752 ss., sottolinea come la tematica possa essere affrontata percorrendo le due strade (entrambe conducenti allo stesso risultato) dell'analisi dell'articolo 43 c.p., e dell'articolo 47 c.p.; T. PADOVANI, *op.cit.*, p.257, afferma invece che per definire l'oggetto del dolo il punto di partenza normativamente rilevante sia l'articolo 47 c.p., che disciplinando l'errore sul fatto, individua in negativo ciò cui deve necessariamente riferirsi l'elemento psichico del soggetto.

[311] In tal senso cfr.: C. F. GROSSO, *op.cit*., p.2; A. PAGLIARO, *op.cit*., p.284, che rinvia, a sua volta, per un più ampio dibattito sull'evento a D. SANTAMARIA, *voce Evento*, in *Enc.dir.*, vol.XVI°, Milano, 1967, pp.118 ss.

[312] Così, tanto S. PROSDOCIMI, *op.cit*., p.239, quanto M. GALLO, *Appunti*, *op.cit*., p.25.

[313] G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.loc.cit.*, indicando come esempio quello del reato d'inosservanza del provvedimento del giudice che reprime la condotta antisindacale ex articolo 28 dello statuto dei lavoratori.

[314] Sul punto M. GALLO, *op.loc.cit.,* sottolinea come sia proprio dal dettato dell'articolo 5 c.p., che si possa ricavare che l'antigiuridicità penale del comportamento realizzato non sia includibile tra le note costitutive dell'oggetto del dolo. Per l'importanza del contributo dato dalla Corte Costituzionale nella realizzazione della interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 5 c.p., si veda: C. Cost. 24 marzo 1988, n°364, in *Giur.Cost*., 1988, p.1513. Per approfondimenti su tale fondamentale pronunciamento: si rinvia a D. PULITANO', *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.686 e ss; F. C. PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.920; L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.1313; M. GUARDATA, *L'ignoranza della legge penale dopo l'intervento della Corte Costituzionale: prime impressioni,* in *Cass.Pen*., 1988, p.1152; G. FLORA, *La difficile interpretazione del principio di colpevolezza, riflessioni per l'anniversario della sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 5 c.p.,* in *Giur.It.*,1989, vol.VI°, p.337; F. MANTOVANI, *ignorantia legis, scusabile ed inescusabile*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1990, p.379; F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/1988* in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1996, p.223.

Il fallimento delle dottrine che hanno tentato di individuare l'oggetto del dolo nell'evento (naturalistico o giuridico) ha spinto alcuni autori a ritenere impropria la dizione dell'articolo 43 c.p.; autorevoli voci hanno di conseguenza preferito ritenere che l'oggetto del dolo non sia l'evento, ma *il fatto tipico,* trovando il fondamento testuale di tale teoria nell'articolo 47, comma I°, c.p., dove l'errore capace di escludere il dolo è specificamente indicato come l'errore riguardante il fatto costituente reato[315].

Analizzando con maggior approfondimento tale posizione dottrinaria si può rilevare che il dolo, in quanto coscienza e volontà attuale di un fatto, dovrebbe concretizzare, nell'azione, gli elementi contenuti in potenza nella capacità di intendere e di volere; il che rappresenterebbe, come ebbe a rilevare Rocco nel corso dei lavori preparatori del codice, l'equivalente della capacità del trattare rispetto al consenso del contraente[316].

Ora, se l'imputabilità include tra i suoi requisiti la capacità di comprendere il valore di un fatto a cui è collegata la sanzione della pena, deve anche indicare l'attitudine a intendere l'antigiuridicità dell'azione, e il dolo, nel realizzare condizioni potenziali, dovrebbe essere costituito anche della coscienza attuale dell'antigiuridicità come coscienza della contrarietà alla norma penale. Senonchè, qualora il soggetto cada in errore per una falsa rappresentazione della realtà, cagionata da uno sbaglio di valutazione o percezione, sarà considerato non punibile solo quando versi in errore su uno degli elementi, normativi o di fatto, del tipo di azione incriminata (art. 47 c.p.) e non quando ignori l'esistenza di una norma penale e gli manchi quindi la coscienza dell'antigiuridicità (art.5 c.p.) [317].

Solo nel primo caso si può ritenere che l'errore escluda il dolo caratteristico di tale tipo di delitto, nel secondo l'errore resta inefficace perché l'imputabilità resta rilevante nel suo stadio potenziale di semplice possibilità di conoscere la legge penale. Alla legge non interessa che nel caso concreto, durante lo svolgersi del fatto, l'intenzione del reo contenga la coscienza dell'antigiuridicità, le basta che il soggetto, che è un membro della comunità consapevole della sua condizione, abbia la possibilità di conoscere i suoi doveri: in ogni caso

---

315 Sul punto, in senso conforme, anche M. GALLO, *Appunti di diritto penale, op.cit.,* pp.26-27, il quale evidenzia come un'ulteriore conferma a tale conclusione sia evincibile dalla disciplina dell'articolo 59, 4° comma, c.p., per il quale se l'agente suppone erroneamente l'esistenza di "circostanze di esclusione della pena" queste sono valutate a favore di lui. Anche tale norma stabilisce, infatti, che in caso di errore cagionato da colpa la punibilità non è esclusa quando il fatto è preveduto dalla legge a titolo di delitto colposo. Come si vede, in perfetta simmetria con l'articolo 47 c.p. Dunque, qualora il soggetto ponga in essere una condotta obiettivamente conforme ad una fattispecie criminosa, ritenendo di operare in presenza di una situazione di fatto corrispondente ad una scriminante, potrà aversi nei suoi confronti, se l'errore è dovuto a colpa e se il fatto realizzato costituisce un delitto colposo, un'imputazione a titolo di colpa, ma il dolo è senz'altro escluso.

316 Vedi, *supra,* cap.I°, §10.

317 In tal senso cfr:. D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo, op.loc.cit.,* p.10.

essa gli fa carico della sua ignoranza proprio per la situazione di capacità in cui si trova. Del resto il delitto colposo, in cui l'errore è rilevante appunto perché spesso la colpa consiste nell'errore, la coscienza dell'antigiuridicità è sempre un attributo potenziale del fatto e in un ordinamento non si possono concepire due diverse rilevanze dell'errore sull'antigiuridicità rispetto ad una funzione etico-retributiva della pena.

Se l'errore previsto nell'art. 47 c.p., è dunque il rovescio del dolo, il dolo consiste solo ed esclusivamente nella coscienza e nella volontà degli elementi cui tale errore può riferirsi e, in ultima istanza, il suo oggetto è rappresentato dal fatto costituente reato che si manifesta nella sua intrinseca natura e ci rivela come quest'ultimo si configuri indipendentemente dalla imputabilità.[318]

Seguendo tale posizione l'oggetto del dolo può in definitiva essere considerato come costituito da tutti gli elementi positivamente richiesti per l'integrazione delle singole figure di reato[319], e dunque, in buona sostanza, nell'evento in senso giuridico comprensivo in se dell'evento in senso naturalistico, pervenendo cosi ad una soluzione sincretistica delle teorie antecedentemente in conflitto. Atteggiamenti dottrinari similari preferiscono integrare ulteriormente la predetta affermazione sottolineando come concorrerebbero al medesimo fine tutti gli elementi positivi della fattispecie criminosa, meno quelli la cui rilevanza è espressamente esclusa ai fini dell'imputazione a titolo di dolo[320].

L'accertamento di come il dolo abbia ad oggetto il fatto tipico ci rivela innegabilmente come esso sia definibile una categoria dogmatica polivalente partecipe anche della tipicità oltre che della colpevolezza[321], e serva a stabilire quando si configuri un tipo di fatto incriminato dalla legge e quando se ne debba escludere la rilevanza per errore efficace ai sensi

---

318 Ancora D. SANTAMARIA, *op.loc.ult.cit*., p.11.

319 Per tutti G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit.,* p.322, che sostiene come solamente tale tesi consenta di ricostruire l'oggetto del dolo tenendo contemporaneamente presenti tutte le differenti caratteristiche strutturali dei reati di azione e dei reati di evento; e T. PADOVANI, *op.cit.,* p.257. *Contra* A. PAGLIARO, *op.cit.,* p.287, che ritiene che tale teoria non possa essere accolta perché andrebbe incontro alle medesime conseguenze cui si espone quella che concepisce il dolo come volontà dell'evento naturalistico; S. PROSDOCIMI, *op.loc.cit*., non dubita che l'articolo 43 c.p. vada riferito al solo evento in senso normativo, similmente G. MARINI, *op.cit*., p.458, pur sottolineando come la formulazione dell'art. 43 c.p., non sia del tutto propria, e cfr., C. F. GROSSO, *op.cit.,* p.2.

320 Così M. GALLO, *op.loc.cit*., che sottolinea come non si riflettano nel dolo le condizioni obiettive di punibilità, gli eventi preterintenzionali, le circostanze aggravanti ed attenuanti, la presenza di scriminanti e l'antigiuridicità penale. Tutti gli altri elementi del fatto costituiscono, invece, elementi che integrano l'oggetto del dolo anche se, a secondo della loro struttura, devono essere voluti e rappresentati o solamente rappresentati. In conclusione per un più approfondito sviluppo della tematica, proficuamente impostato, sull'analisi delle fonti giurisprudenziali si può consultare S. TASSI, *Il dolo, op.cit.,* pp.23 ss.

321 Così, tra i tanti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, op.loc.cit.,* p.352.

dell'art.47. Il legame tra il fatto tipico ed il dolo, e la circostanza che quest'ultimo abbia nel codice penale una ricostruzione unitaria, dovrebbe implicare che tutti i reati dolosi siano punibili con ogni forma di dolo, ma ciò, ovviamente, vale con molta difficoltà per il dolo eventuale[322].

Mentre il dolo gioca un ruolo decisivo per indicare la specie di comportamento vietato per il dolo eventuale ciò non può dirsi con uguale certezza. Colui che è animato da tale elemento soggettivo, infatti, non vuole l'evento di reato, non lo persegue finalisticamente e non lo consegue intenzionalmente; egli si rappresenta l'evenienza (possibile o probabile, a seconda di differenti modelli di criminalizzazione che si intenda adottare da parte del legislatore che voglia riconoscerlo espressamente – ovviamente sempre nel caso che tale riconoscimento avvenga in tale sede e non esclusivamente in sede giurisprudenziale o dottrinaria) che una o più conseguenze non volute si associno alla propria condotta, desiderando così tanto realizzarla da essere disposto a correre il rischio della loro verificazione.

A differenza che nelle "normali" forme di dolo, tuttavia, nel dolo eventuale tale rappresentazione o previsione potrebbe benissimo avere ad oggetto una pluralità indifferenziata di fattispecie penali poste a tutela di beni giuridici eterogenei, e non quella incarnata nei singoli reati che possono essere realizzati con le altre forme di dolo. In altre parole in tutti i reati disciplinati dal codice l'agente deve prevedere e volere un singolo evento, che è quello tipicamente descritto dalla norma incriminatrice, mentre ciò non avverrebbe per il dolo eventuale.

Ad esempio, mentre colui che vuole cagionare la morte di un uomo con dolo diretto od intenzionale si rappresenta e vuole solamente l'evento "morte" come conseguenza della propria condotta, colui che decide di guidare in modo spericolato in un centro abitato per provare l'ebbrezza della velocità[323], o per qualsiasi altro futile motivo, potrebbe rappresentarsi (ammesso che poi ciò si verifichi realmente nella mente dell'agente[324]) tanto di perdere il

---

[322] Tale principio, inoltre, dovrebbe valere per tutte le forme di manifestazione del reato mentre il dolo eventuale è oramai unanimemente ritenuto incompatibile con il dolo eventuale e, secondo parte della dottrina (si fa riferimento in particolar modo ad A. PAGLIARO, *Principi, op.loc.cit.,* cap.V°, 3, II.) anche con il reato omissivo sia proprio che improprio. (ancora A. PAGLIARO, *Discrasie, op.loc.cit*., p.324, ed ivi rinvio a *Principi, op.cit*., p.491).

[323] Vedi in tema: F. VIGANO', *Fuga spericolata, op.loc.cit*., e G. FIANDACA, *Sfrecciare con il rosso, op.loc.cit*.

[324] Già in un lavoro realizzato verso la fine del 1700 dal significativo titolo "*Über die Chimäre eines Totschlags aus indirekten Vorsaz*", il giurista tedesco Cristiano Wolff obiettava essere un falso psicologico che la conseguenza della propria azione prevista come possibile dovesse essere sempre considerata come interiormente approvata (Autore già citato in A. LÖFFLER, *Schuldformen, op.loc.cit.*, p.206 e in F. SCHAFFSTEIN, *Allgemeinen Lehren, op.loc.cit*., p. 129). Secondo Wolff, l'esperienza insegna al contrario che gli uomini vogliono molto speso un fatto, senza volere in pari tempo tutte le conseguenze del fatto stesso, nonostante se le

controllo della vettura e finire su altre macchine in sosta, realizzandone il danneggiamento, quanto di travolgere un passante potendo cagionare, con pari probabilità, tanto delle lesioni di gravità variabile che la morte; la medesima condotta, inoltre, potrebbe cagionare il decesso tanto di un animale randagio che di una pluralità di esseri umani, provocare un incendio di mutevoli proporzioni ed anche produrre la morte dello stesso conducente[325] e dei suoi trasportati.

Quali degli eventi previsti dovrà considerarsi voluto? In un diritto penale del fatto, ovviamente, sarà solo quello verificatosi in concreto, con l'innegabile conseguenza che l'elemento soggettivo del reato sarà parzialmente inverato dal mero caso.

La pluralità degli esiti non desiderati e pur tuttavia prevedibili o rappresentabili dall'agente si presenta in evidente contrasto con l'unicità dell'oggetto del dolo e della tutela giuridico penale che il nostro ordinamento ha voluto adottare tanto nella parte generale che in quella speciale del codice. Anche negli articoli del secondo libro del c.p., infatti, il legislatore, pur in quelle fattispecie incriminatrici considerate plurilesive da parte della dottrina, (perché ritenute tali da poter leder con la medesima condotta più oggetti di tutela) prevede sempre un determinato elemento soggettivo che inerisce esclusivamente a quell'oggetto di tutela e a quelle condotta e/o evento di volta in volta normativamente previsto dalla singola norma di parte speciale. Senza togliere che il giudice nello *jus dicere* dovrebbe comunque individuare quali tra i possibili oggetti di tutela il reo abbia voluto offendere in concreto.

L'art.43 c.p., d'altronde, parla di evento al singolare precisando che il dolo deve avere di mira non un'indistinta pluralità di eventi ma un unico evento concreto per volta che deve essere stato preveduto e cui la volontà dell'agente deve tendere finalisticamente, vale a dire "*l'evento dannoso o pericoloso […] da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto*". La netta definizione rinvia ad un disvalore giuridico del fatto il cui sostrato deve essere fermo, saldo e stabile, tale da costituire un *ubi consistam* sicuro dell'elemento psicologico del reato e di quello doloso in particolare[326].

---

siano rappresentate come molto probabili: si desidera in questi casi che le conseguenze non abbiano a verificarsi, e ciò che si desidera si spera e si crede facilmente. In tale concetto sta la radice delle moderne concezioni del dolo eventuale, fondate sulla considerazione dell'elemento volitivo. Sulle medesime posizioni anche G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.loc.cit.,* p.441. Potrebbe poi darsi parimenti il caso in cui l'agente, totalmente assorbito dalla propria condotta non si rappresenti neanche per un attimo le molteplici conseguenze che ad asse potrebbero associarsi.

325 Per alcuni spunti di riflessione in relazione alla condotta rischiosa e/o pericolosa in cui l'agente mette a repentaglio anche la sua vita o la sua incolumità si veda: G. FORTI, *Personalismo del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., n°2, 2008, pp.597-631; M. ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., n°3, 2008, pp.985 a 1003.

326 Così V. SCORDAMAGLIA, *Publica fides, op.loc.ult.cit.*

Ora nel dolo eventuale l'agente tiene una condotta pericolosa, ma lecita[327] (diversamente il dolo sarebbe intenzionale) cui non corrisponde un omologo reato di pericolo astratto o concreto, ma una teorica, "*eventuale*" pluralità indistinta di reati di evento, tale che al momento della realizzazione della condotta appare obiettivamente impossibile individuare a quali di questi la volontà dell'agente abbia voluto prestare *ex ante* il suo consenso, sia pure ove questo sia ricondotto alla teoria dell'accettazione del rischio.

Argomentando diversamente, infatti, si potrebbe verificare il caso paradossale in cui avendo l'agente preveduto (*rectius*: essendosi rappresentato) tutte le possibili conseguenze accessorie della propria condotta, sarebbe in dolo eventuale relativamente ad ciascuna di esse che perfezioni una fattispecie tipica di parte speciale, con la conseguenza che vi sarebbe un unico dolo correlato ad un'unica condotta, ma potenzialmente relativo ad una eterogenea pluralità di fattispecie tipiche e di oggetti di tutela differenti; in altre parole una pluralità di rappresentazioni riferite a eventi diversi con una sola volizione riferita alla condotta. In alternativa potrebbe altresì ritenersi non vi sia più un unico dolo inerente ad una condotta ed al relativo evento, ma una pluralità di "*doli*", uno per ogni fattispecie di parte speciale prevista dall'agente, pur permanendo l'unità dell'azione attiva od omissiva.

Sempre per paradosso, inoltre, si potrebbe verificare proprio una di quelle conseguenze che l'agente non si era rappresentato, con conseguente impossibilità di fare utilizzo del dolo eventuale pur in presenza di un atteggiamento psicologico in cui l'agente abbia accettato il rischio del verificarsi di un reato ad abbia parimenti manifestato un inequivocabile atteggiamento di disprezzo per l'ordinamento[328], producendo un danno grave e destando un considerevole allarme sociale.

In tutte le opzioni delineate, in ogni caso, l'elemento soggettivo inerente tanto all'evento concreto quanto all'oggetto della tutela, sarebbe determinato *ab exitu* della condotta, il che stride con un sistema normativo in cui il legislatore ha voluto che nel delitto doloso l'elemento soggettivo fosse secondo l'intenzione e l'evento voluto[329]. Il vocabolo

---

[327] In argomento: V. SCORDAMAGLIA, *La responsabilità penale del cardiochirurgo, op.loc.cit.,* p.6 il quale specifica che il fine ultimo cui la condotta e diretta non deve essere inteso ad un reato. Idea che ove fosse unanimemente accolta farebbe venir meno radicalmente la possibilità di utilizzare l'espediente *dell'in re illicita versari*. In argomento anche, *infra*, cap.III°, §1. Quanto al *versari in re illicita* si veda, *supra*,cap.I°, §6.

[328] Sull'atteggiamento di disprezzo come connotazione saliente del dolo eventuale si veda in particolare A. PAGLIARO, *Il reato*, 2007, *op.loc.cit.*, II, V; V. SCORDAMAGLIA, *op.loc.ult.cit.*

[329] In Argomento V. SCORDAMAGLIA; *Publica fides … vale*, in *Giust.Pen.*, n°3, 2009, p.131, il quale rileva che L'oggetto del reato e della tutela giuridico penale, deve presentare, per poter essere percepito, specie da chi lo offende manifestandone seria e netta l'intenzione, nella propria autenticità: come dire nel suo peculiare significato di valore e con una fisionomia ben delineata dei suoi connotati.

volere, infatti, potrebbe essere dogmaticamente utilizzato tanto per indicare il perseguimento finalistico ed intenzionale dei propri fini, e quindi riferito all'evento e simultaneamente alla condotta ad esso prodromica (come avviene nel nostro codice), sia essere concepito come consenso alle conseguenze della propria condotta, *id est* come un'approvazione ad un pericolo *ex ante* indeterminato ed *ex post* determinato *ab exitu*, ma, in quest'ultimo caso, l'oggetto del dolo diverrebbe immateriale e sfuggente[330], contrariamente a quanto richiesto dal diritto positivo e dalla costituzione.

- 4) <u>La classificazione delle forme e l'intensità del dolo. Il dolo eventuale come forma necessariamente meno grave di volontà colpevole?</u>

Nella manualistica corrente, si parla solitamente di forme del dolo formulando in materia una fitta serie di distinzioni, talune delle quali risultano essere effettivamente rilevanti sul piano pratico, mentre altre sono il retaggio di discussioni dogmatiche oramai risalenti nel tempo che, nell'attualità, hanno solamente una mera rilevanza descrittiva[331].

La distinzione che provoca i dibattiti più accesi è sicuramente quella che contrappone i diversi tipi di dolo in ragione del diverso livello di partecipazione soggettiva dell'autore ed in particolare, secondo il punto di vista più accreditato, in ragione della diversa incidenza della volizione[332]. La pluralità di posizioni dottrinarie, spesso caotica sia sotto il profilo linguistico che culturale, si manifesta sin dal momento di fissare, prima ancora dei contenuti, i termini e le caratteristiche dell'elemento della volontà. Così, vi è chi opera una tripartizione tra dolo intenzionale, dolo diretto e dolo eventuale[333], ma anche chi si attiene ad un criterio bipartito distinguendo talvolta tra dolo diretto e dolo indiretto e tal altra tra dolo intenzionale e dolo eventuale[334]; ciò fa si che, al di là delle questioni terminologiche, il dolo finisca spesso per avere non solo nomi, ma anche configurazioni concettuali differenti.

---

330 Assai significative sul punto le osservazioni di E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1976, pp. 126 e ss.

331 In tal senso G. FORNASARI, *Il dolo*, *op.cit.*, p.168.

332 Prospettiva, quest'ultima, adottata anche dal legislatore come appare con chiarezza nei Lavori preparatori, vedi *supra* cap.I°, §10.

333 Così, tra i molti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit.*, p.328 ss.; G MARINI., *op.cit.*, p.474 s.; M. GALLO, voce *dolo*, *op.cit.*, p.793; C. F. GROSSO, *op.cit.*, p.7; R. RIZ, *op.cit*., p.256; M. ROMANO, *op.cit.*, p.410; nonché, anche se su basi terminologiche non sempre coincidenti, C. FIORE, *op.cit.*, pp.213-216; A. PAGLIARO, *op.cit.*, p.274 s.; S. TASSI, *Il dolo*, *op.cit.*, p.3; V. MANZINI, *Trattato*, *op.cit.*, p.773, che preferisce, tuttavia, distinguere tra dolo generico, specifico e "*sub-specifico*".

334 In tal senso, tra gli altri, F. MANTOVANI, *op.cit*., p.160; G. BETTIOL, *Diritto penale*, *op.cit*., p.462; G. D. PISAPIA *op.cit.*, p.805; F. ANTOLISEI, *op.cit.*, p.359.

Accettando la distinzione tra dolo intenzionale, diretto ed eventuale, come meglio rispondente a criteri di precisione definitoria[335], resta comunque da risolvere la questione dei contenuti assegnabili alle varie "*categorie*", questione che si pone con particolare problematicità in riferimento al dolo eventuale, del quale andranno accertati tanto il confine interno che il confine esterno in direzione della colpa con previsione[336].

Il dolo intenzionale (o dolo diretto di primo grado)[337] rappresenta l'elemento di imputazione soggettiva tipico di due specifiche tipologie criminose quali i reati di evento e quelli usualmente definiti "*reati di azione"*[338]; quest'ultimi consistenti nel semplice compimento della condotta vietata, a prescindere dal verificarsi di qualsiasi evento casualmente connesso con la medesima. Il dolo in oggetto, quindi, si estrinseca diversamente a secondo della specie delittuosa che viene ad animare, consistendo per i reati del primo tipo, nell'agire con l'intenzione di cagionare l'evento che costituisce la fattispecie tipica, per i secondi nell'intenzione di ledere l'interesse protetto dalla norma penale incriminatrice; in quest'ambito, è dunque la realizzazione dell'illecito come tale, a costituire l'obiettivo finalistico che dà causa alla condotta, cioè lo scopo in vista del quale il soggetto agisce[339].

Ora poiché l'intenzione è costituita dalla volontà da parte dell'agente di ciò che questi realizza[340], la dottrina maggioritaria reputa tale criterio di imputazione soggettiva sia compatibile con la previsione dell'evento non solamente in termini di certezza, ma anche in termini di semplice probabilità[341] o di possibilità[342].

Và da ultimo sottolineato come la dottrina dominante non esiti a definire la forma di dolo in oggetto, come quella maggiormente pervasa, se non addirittura dominata,

---

335 Per più ampi riferimenti bibliografici si veda, *supra*, considerazioni introduttive, nota n°1.

336 Così, cfr., S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Milano, 1993, p.243.

337 In tal senso, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*., p.329.

338 Così, C. F. GROSSO, *op.cit*. p.7; G. FORNASARI, *op.cit.,* p.168.

339 In tal senso G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.loc.cit*., che continua sottolineando come tale scopo vada distinto necessariamente dal movente, consistente invece nella "*motivazione interiore o nell'impulso emotivo che induce il soggetto a perseguire come scopo della condotta proprio la realizzazione del reato*".

340 Così, cfr., M. BOSCARELLI, *op.cit*., p.91.

341 In tal senso C. F. GROSSO, *op.loc.cit*.; L. PICOTTI, *op.cit*., p.602; G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.loc.cit.,* che indica *ivi* l'esempio del tiratore inesperto che, agendo al fine di provocare l'evento mortale, è tuttavia dubbioso di riuscire a cagionarlo.

342 Così S. PROSDOCIMI, *op.cit.,* p.246, che propone l'esempio similare di colui che fa fuoco nel buio contro una sagoma che ritiene essere il suo avversario pur non avendone l'assoluta certezza.

dall'elemento della volontà che ivi si estrinseca nel modo più pieno raggiungendo così l'intensità massima. Sulla base di simili motivazioni, si ritiene che il dolo intenzionale sia la forma basilare di dolo, o almeno quella che più corrisponde al suo concetto astratto[343]. Tale assunto è però vero solamente dal punto di vista concettuale, poiché risulta poi essere smentito dalla verifica statistica. Infatti, come appare con assoluta evidenza da una rapida ricognizione delle sentenze per reati dolosi emesse dalle corti di giustizia italiane, la maggior parte dei pronunciamenti sono caratterizzati dal riscontro di titoli di imputazione soggettiva dai profili volitivi ben più sfumati, cui viene però estesa la disciplina normativa che apparentemente dovrebbe riguardare solamente le ipotesi di intenzionalità. Tali sono proprio le ipotesi di dolo eventuale ed in particolare quelle in cui il suddetto elemento soggettivo si dichiara sussistente nella disciplina degli incidenti sul lavoro, o dei sinistri stradali.

Il dolo è invece *diretto* (o, più precisamente, di secondo grado) tutte le volte in cui l'agente si rappresenta con concretezza gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice e si rende conto che la sua condotta la integrerà concretamente [344]. Esso si configura quando la realizzazione del reato non è l'obiettivo che induce alla condotta, pure in se illecita, ma costituisce solamente uno strumento necessario per far conseguire all'agente lo scopo che persegue[345]. Mentre il dolo intenzionale è caratterizzato dal dominio dell'elemento della volontà, il dolo diretto si rivela quindi caratterizzato dal ruolo predominante della rappresentazione, che permane tuttavia congiunta ad un volizione autentica e piena, e non presunta o aprioristicamente postulata mediante una *fictio juris* interpretativa.

Per completezza di trattazione và sottolineato come non manchino in dottrina interpreti che preferiscono distinguere ulteriormente, tra gli estremi costituiti dal dolo intenzionale e dal dolo eventuale, le figure del dolo diretto e del dolo indiretto, caratterizzati il primo dalla realizzazione della fattispecie come mezzo necessario per il conseguimento di un altro risultato attraverso la medesima condotta materiale; il secondo, dal fatto che l'autore considera l'evento ulteriore come sicura o altamente probabile conseguenza collaterale del

[343] In tal maniera L. EUSEBI, *op.cit.*, p.56, preferisce parlare a riguardo di "*espressione tipica dell'elemento soggettivo doloso*". Quanto all'origine storica, vedi, *supra*, cap.I, §§, 2 e 3.

[344] In tal senso: G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.loc.cit.*; mentre su posizioni lievemente differenziate si collocano C. FIORE, *op.cit.*, p.214; e G. MARINI, *op.cit.*, p.474, per i quali è sufficiente che l'agente abbia previsto la realizzazione del fatto tipico come probabile.

[345] In proposito G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.loc.cit.*, rendono più chiaro il concetto ponendo l'esempio del terrorista che per sequestrare un uomo politico è costretto ad a sparare contro gli uomini della scorta che lo proteggono con la quasi certezza di provocarne la morte che, come tale, avrebbe preferito evitare. A detta degli autori rientra inoltre nel dolo indiretto anche la forma di dolo che una parte della dottrina chiama dolo "indiretto"e che si caratterizzerebbe per il fatto che l'evento lesivo si porrebbe come una conseguenza accessoria materialmente connessa alla realizzazione volontaria del fatto principale.

fine perseguito[346]. Tale distinzione appare tuttavia frutto di un eccessivo concettualismo, dal momento che la prima ipotesi rientra in realtà nell'ambito del dolo intenzionale, in quanto, non importando che l'evento ulteriore non sia il fine ultimo perseguito dall'autore ed essendo più che sufficiente che questi lo voglia come obiettivo intermedio necessario per conseguirne uno aggiuntivo[347], essa si rivela connotata da una piena volontà. Quanto al dolo indiretto questo si rivela sostanzialmente un *alter ego* del dolo eventuale[348].

Come già detto, nel contesto concettuale delle forme del dolo, la figura più problematica appare, senz'altro, quella del *dolo eventuale*, non solo in ragione di dei profili distintivi rispetto alle altre tipologie sin qui analizzate, ma anche della difficile delineazione del confine con la colpa cosciente e della sua stessa ammissibilità come dolo.

Rinviando per una più approfondita analisi della tematica al capitolo successivo si può tuttavia anticipare come, la dottrina e la giurisprudenza, se pur con differenti puntualizzazioni,[349] individuano il fulcro e la rilevanza del dolo eventuale nell'avere l'agente accettato il rischio del verificarsi dell'evento[350]. Criterio, questo, tutt'altro che sicuro poiché è stato a ragione osservato che la colpevolezza per l'accettazione del rischio non consentito dalla legge corrisponde a quella propria del delitto colposo[351] .

Operata la suddetta distinzione tra le tipologie fondamentali del dolo, usualmente la manualistica si sofferma su una vasta serie di ulteriori suddivisioni e qualificazioni, la maggior parte delle quali, a detta della dottrina dominante e come già premesso, appaiono obsolete e prive di significativi rilievi pratici[352]. Volendo pertanto limitare la nostra analisi

---

346 Così: S. PROSDOCIMI, *op.cit.*, p.246. Indicando ad esempio del dolo diretto il caso della distruzione della vetrata oltre la quale si trova la persona contro cui viene esploso un colpo di fucile, e ad esempio del dolo indiretto, il medesimo caso del rapimento del politico, già indicato nella nota antecedente.

347 In tal senso, A. PAGLIARO, *op.cit.*, p.272, e G. FORNASARI, *op.cit*. p.170.

348 Vedi, *supra*, considerazioni preliminari, *nota* n°1.

349 Per un'attenta esposizione delle varie posizioni dottrinarie e giurisprudenziali si può consultare, S. TASSI, *Il dolo*, *op.cit.*, p.7 ss. Quanto alla dottrina tedesca si veda in particolare S. CANESTRARI, Dolo eventuale e colpa cosciente, *op.loc.cit. passim*.

350 A riguardo: G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*. p.326, (a differenza di coloro i quali preferiscono seguire l'orientamento Cassazione, espresso nella sentenza, 10 ottobre – 20 dicembre 1996, "*Boni*", in *Cass.Pen*., 1998, p.808 s., che indica come estremo, da ricercare nel dolo eventuale, l'accettazione del rischio), puntualizzano che all'indicato scopo è necessario che l'autore del fatto "*decida anche a costo di provocare l'evento criminoso, perché questa consapevole accettazione del rischio si approssima alla vera e propria volizione del fatto*".

351 Cosi: A. PAGLIARO, *Principi, op.cit.*, p.276; ID. *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza?* (*In tema di dolo eventuale e dolus in re ipsa, ed errore su legge penale*) in *Cass.Pen*., 1991, p.312, e p.322 ss. Per ulteriori chiarimenti, vedi *infra*, cap.3°, §5°. Più di recente D. CASRONUOVO, *La colpa penale. op.loc.cit.*

352 In tal senso G. MARINI, *op.cit*. p.474, M. GALLO, voce *Dolo, op.cit*., cfr., *passim,* ID., *Appunti*, p.190 ss., G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*. p.331.

alle sole categorie che mantengono tuttora un ruolo efficace per la migliore comprensione del dolo, sia pur sul solo piano descrittivo, vanno prese in considerazione le distinzioni tra dolo generico e dolo specifico, quella tra dolo di danno e dolo di pericolo, e la peculiare figura del dolo alternativo.

Prendendo le mosse da quella che è la differenziazione più rilevante nella pratica e nella prassi, è considerato *generico* il dolo per la sussistenza del quale la legge richiede, da parte dell'agente, solamente la conoscenza e la volontà del fatto materiale tipico, essendo indifferente il fine per cui questi agisce. E' invece *specifico* il dolo per la cui sussistenza la legge richiede, oltre alla coscienza ed alla volontà del fatto materiale, anche che il soggetto agisca per un fine particolare che sta al di là del fatto materiale tipico[353] ed il cui conseguimento non è perciò necessario per la realizzazione del reato[354].

Una ulteriore distinzione è quella tra *dolo di danno* e *dolo di pericolo*, facenti entrambi riferimento al tipo di offesa arrecata al bene protetto dalla norma penale[355]. Il primo si verifica se l'agente ha voluto realizzare un fatto tale da provocare la lesione, diminuzione, o distruzione dell'interesse protetto; il secondo consiste nella volontà di cagionare la semplice messa in pericolo del bene giuridico stesso[356].

Per quanto concerne il *dolo alternativo* questo si verifica quando l'agente prevede come conseguenza certa o probabile della sua azione il verificarsi di due eventi, tra di loro

---

353 *Contra*, L. PICOTTI, *op.cit.*, *passim*, ed in particolare p.575 ss. Per l'autore, infatti, il dolo non può andare "*oltre il fatto tipico*".

354 Su tale ricostruzione generale, S. TASSI, *op.cit.*, p.89; M. GALLO, voce *Dolo*, *op.loc.cit.*; G. FIANDACA - E. MUSCO, *op.cit.*, p.332, i quali, dopo aver evidenziato come il primo corrisponda alla nozione tipica di dolo, evidenziano come sia necessario che il contenuto del volere trovi attuazione nella realtà, almeno a livello di tentativo; F. MANTOVANI, *op.cit.*, p.160; R. RIZ, *op.cit.*, p.261; mentre in termini differenti, se pur sostanzialmente analoghi, C. F. GROSSO *op.cit*, p.8; S. PROSDOCIMI, *op.cit*., p.248; F. ANTOLISEI, *op.cit*., p.363 ss. Per una più attenta disamina della tematica generale del dolo specifico nei testi più recenti può poi rinviarsi a L. PICOTTI, *op.cit.*, e M. GERALDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996. Quanto indicato rileva quindi come la categoria concettuale sia generalmente accettata dalla dottrina con l'unica eccezione di MUSOTTO, *Il dolo specifico*, in S*tudi in onore di Francesco Antolisei*, Milano, 1966, vol.II°, p.363 ss. Quest'ultimo autore (come già rilevato da F. ANTOLISEI, *op.cit.* p.360 in nota) nega alla radice l'esistenza del dolo specifico, ritenendo che le ipotesi che vi si riconducono siano solamente il frutto di una tecnica legislativa peculiare la quale "*si avvale della indicazione di un fine diverso da quello espresso dalla condotta, per qualificare e caratterizzare la condotta stessa*".

355 Così, F. ANTOLISEI, *op.loc.cit*,; e M. GALLO, *voce Dolo*, *op.cit*., p.793.

356 Anche in tal caso la dialettica dottrinaria si rivela molto accesa, e così mentre Fiandaca e Musco ritengono che le due figure non concretino differenti forme di dolo, ma la distinzione nasca dal diverso modo con cui si riflettono sul piano soggettivo il contenuto delle fattispecie di danno e di quelle di pericolo; Antolisei ritiene che la distinzione rilevi scarsa importanza, perché distinguere la lesione dalla semplice messa in pericolo, è di consistente difficoltà nei reati che offendono beni immateriali, mentre, nei reati lesivi di beni materiali, l'evento che deve essere valutato per l'esistenza del dolo è quasi sempre indicato dalla stessa legge senza alcun richiamo al bene protetto.

incompatibili, pur non sapendo quale si realizzerà in concreto[357]. La dottrina maggioritaria non esita a ritenere che il dolo alternativo sia una categoria concettuale da doversi accettare solamente ove sia chiaro che essa non possa essere considerata come un'autonoma forma di dolo; anche il dolo alternativo si specifica, infatti, in dolo alternativo intenzionale, dolo alternativo indiretto e dolo alternativo semplice, a seconda del ruolo giocato – nella realizzazione della fattispecie tipica – dalla rappresentazione e dal suo grado di intensità nel processo volitivo[358].

Volendo da ultimo indicare, se pur brevemente, le altre categorie concettuali cui la manualistica è solita fare riferimento, possono essere menzionati il *dolo iniziale* (che sussiste solamente al momento della realizzazione dalla condotta attiva od omissiva che sia), il *dolo concomitante* (che sussiste anche durante tutto lo svolgimento del processo causale da cui deriva l'evento), e il *dolo successivo* (che si manifesta dopo il compimento dell'azione o dell'omissione)[359].

Passando in conclusione alla trattazione della tematica dell'intensità può subito sottolinearsi come questa sia una degli elementi che vengono a far variare la gravità del reato per espressa indicazione dell'articolo 133 c.p., il quale afferma il principio per cui: "*Nell'esercizio del potere discrezionale […] il giudice deve tener conto della gravità del reato desunta […] dall'intensità del dolo e dal grado della colpa*"[360]. Ora mentre per quanto riguarda la colpa risulta essere particolarmente complesso individuare un esatto criterio di graduazione tra l'infinita serie di regole di condotta richiamate dall'articolo 43, comma 3, c.p., la valutazione dell'intensità del dolo, prevista dall'articolo 133 c.p. si ispira a canoni sufficientemente precisi[361]. Così, anche se una parte della dottrina collega l'intensità esclusivamente al fattore temporale, *id est* alla maggiore o minore persistenza nel tempo del proposito criminoso[362], è da ritenersi preferibile l'opinione di chi affianca a questo anche altri

[357] In tal senso, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit.*, p.333.

[358] Così: M. GALLO, *voce Dolo, op.cit.*, p.793.

[359] In tal senso, F. ANTOLISEI, *op.cit*., p.362, e S. TASSI, *op.cit*., p.96.

[360] Così, ancora S. TASSI, *op.cit*., p. 97, il quale, *ivi*,dopo avere precisato che il disposto dell'articolo 133 c.p., vada considerato anche agli effetti del reato contravvenzionale, sottolinea poi (ponendo a sostegno della sua conclusione la sentenza della Cassazione n°I, 6 novembre 1981, pubblicata in *Cass.Pen*.,1983, p.1315) che il dolo eventuale ed il dolo intenzionale si differenziano solo per la maggiore o minore intensità del volere, vale a dire di una solamente delle due componenti del dolo, rimanendo identica nei due casi la componente della rappresentazione dell'evento sul piano causale, come conseguenza della propria azione.

[361] M. GALLO, *voce Dolo, op.cit.*, p.795. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale, op.loc.cit.*, p.343 e ss.

[362] In tal senso T. PADOVANI, *op.cit.*, p.267 il quale, dopo aver giustamente criticato l'antica dottrina secondo la quale il dolo sarebbe stato più intenso quanto maggiore fosse risultata la freddezza ed il distacco del reo nella

parametri di giudizio. E' vero infatti che la maggiore maturazione del proposito criminoso, fin anche all'estremo della premeditazione, può costituire un indice di maggior gravità del fatto, ma non si può disconoscere funzione analoga sia al *quantum* della volontà e della rappresentazione di volta in volta accertabili – grado di partecipazione che è a fondamento della distinzione tra dolo eventuale e dolo intenzionale[363] – sia alla consapevolezza che il soggetto avesse o meno di violare la legge penale. Infatti la coscienza di non ottemperare alle norme del diritto, pur non costituendo un fondamentale componente costitutivo del dolo, è un elemento di eccezionale importanza al fine della valutazione della sua intensità[364].

Direttamente correlata al discorso in oggetto è la differenziazione tra *dolo d'impeto* e *dolo di proposito*. Il primo costituisce la forma minore di intensità e si verifica quando la condotta criminosa è frutto di una deliberazione improvvisa ed impulsiva, generalmente come reazione ad un fatto altrui; il secondo, invece, si caratterizza per l'intercorrenza di un notevole intervallo cronologico tra la deliberazione all'azione e l'esecuzione del reato, rivelandosi così come la forma di dolo più intensa[365]. Costituisce una sottospecie aggravata del dolo di proposito la così detta *premeditazione*[366], figura indicata dagli articoli 577, comma 1°, e 582, che ha come elemento ad essa peculiare il perdurare della risoluzione criminosa nell'animo dell'agente per un lasso di tempo apprezzabile, vale a dire concretamente sufficiente a

---

connessione del reato, edifica la propria conclusione sulla considerazione che il fondamento politico criminale dell'imputazione dolosa consiste nel fatto che l'agente attenta alla stabilità dell'ordinamento. La dottrina meno recente richiedeva, infatti, anche l'elemento indicato come *frigido pacatoque animo,* ma sia la dottrina che la giurisprudenza non insistono più su tale requisito, così come non ritengono più necessario per la sussistenza della premeditazione, il riscontro nell'agente di una particolare cattiveria o antisocialità.

363 Così M. ROMANO, *Commentario, op.cit*., p.416 s.

364 In tal senso, cfr., M. GALLO, *Voce Dolo, op.loc.cit*. Per una ricostruzione complessiva similare anche G. FORNASARI, *op.cit.,* p.173, e G. FINADACA – E. MUSCO., *op.cit.,* p.321, i quali sottolineano che "*per quanto riguarda la componente conoscitiva la sua graduabilità dipende da dal livello di chiarezza e certezza con cui il soggetto si rappresenta gli elementi del fatto di reato*" per quanto riguarda invece l'intensità del momento volitivo "[…] *esso va rapportato al grado di adesione psicologica del soggetto al fatto, nonché alla complessità e alla durata del processo deliberativo*".

365 Così, infatti, ha affermato la Suprema Corte nella sentenza Sez.I, 1 febbraio 1989, pubblicata in *Giust. Pen.*, 1990, vol.II°, p.212. Per una posizione sostanzialmente analoga incentra, però, oltre che sul perdurare del proposito criminoso, anche sulla presenza di un ostinazione criminosa particolarmente riprovevole, G. FIANDACA. - E. MUSCO, *op.cit*., p.323. *Ivi,* in nota, gli autori fanno a loro volta riferimento alla sentenza Cass., 18 gennaio/1983, in *Riv.pen*., 1984, p.261, e Cass., 24 marzo 1986, *ivi,* 1987, p.276.

366 *Contra*: G. BETTIOL, *op.cit.,* p.464, che preferisce invece identificare completamente il dolo di proposito con la premeditazione rinviando ivi nella nota n° 345 per posizioni analoghe, agli scritti, in verità particolarmente risalenti, di T. DELOGU, *Teoria dell'intensità del dolo*, in *Annali*, 1953, p.849; R. VENDITTI, *Imputabilità, colpevolezza e premeditazione,* in *Giur.It*., 1950, vol.II°, p.209 ss; A. MALINVERNI, *La premeditazione come indice della capacità criminale,* in *Riv.It*. p.51 s. Posizione peraltro generalmente superata dalla dottrina più recente. Per un ampio approfondimento della tematica può essere consultato V. PATALANO, voce "*Premeditazione*", in *Enc.Dir.,* vol.XXXIV°, Milano, 1985, p.1023 ss.

consentire al medesimo di riflettere sulla decisione presa e recedere dalla realizzazione del reato.

Dal rapido *excursus* si qui realizzato appare evidente come il meccanismo di valutazione e commisurazione dell'intensità del dolo quale fondamentale criterio di dosimetria della pena ai sensi dell'articolo 133 c.p., sia direttamente correlato all'accertamento del *quantum* della componente volitiva oltre che della componente conoscitiva che essa sempre presuppone. In perfetta sintonia con un codice penale redatto nel pieno vigore dell'etica dell'intenzione tanto più il reato è voluto e perseguito tanto più è considerato grave e conseguenzialmente sanzionato in forma più severa[367]. E' pertanto prevalentemente la volontà a graduare il dolo e solo secondariamente la rappresentazione, il che implica che il dolo eventuale non possa che essere considerato che la forma meno grave di responsabilità dolosa.

Tale tipo di costruzione è criticata da quella parte della dottrina che, in un ambito di maggior valorizzazione della componente rappresentativa del dolo, ritiene che il *dolus eventualis* non possa essere adottato con certezza ed univocità come la forma meno grave di dolo.[368]

---

[367] Ovviamente per quanto riguarda la sola commisurazione dell'elemento psicologico, ferma restando la differente graduazione realizzabile in base al parametro della gravità del fatto valutato in proporzione alla lesione dell'oggetto della tutela penale e al rango di quest'ultimo.

[368] Così S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit.,* pp.115 e ss. Il quale evidenzia che nella decisione dell'*an* della pena, il legislatore sia guidato principalmente da finalità di carattere general-preventivo, quali che siano le valutazioni di carattere etico e sociale che a tale scelta possono sottostare. Il *quantum* della pena invece, secondo l'A. già all'atto della comminatoria legislativa, dovrebbe essere fissato, sia pure entro un minimo ed un massimo edittale, in rapporto alle finalità che la pena dovrà assolvere nella fase della irrogazione giudiziale al caso concreto, dunque in rapporto alle finalità di carattere retributivo e special-preventivo. L'*an*, il *quantum*, e il *quomodo*, della pena dovrebbero, quindi, essere le prospettive di fondo delle fasi nelle quali la pena si articola. In particolare l'innalzamento dei livelli editali di pena per pure esigenze di intimidazione generale, al di là della quantità ritenuta necessaria e sufficiente per retribuire il fatto e svolgere un'azione special-preveniva sul reo deve considerarsi in termini negativi come una componente che induce uno squilibrio nel sistema, pregiudicando almeno in parte il raggiungimento degli scopi della pena. Secondo il Prosdocimi lo scarto tra cornice sanzionatoria del reato doloso e cornice sanzionatoria del corrispondente reato colposo è tanto più marcato quanto più rilevante è il bene giuridico in gioco e ciò dipende dal fatto che il legislatore considera tradizionalmente in una luce altamente sfavorevole l'aggressione volontaria a beni di primaria importanza, sia in una prospettiva general-preventiva e retributiva, sia in quanto, in tali fatti, la personalità del reo sembra in genere trovare un'espressione più marcata e radicale, rendendo quindi, più intensa la potenziale esigenza di un'opera di prevenzione speciale di vario segno e contenuto. Di fronte al reato colposo il legislatore mantiene invece un atteggiamento più prudente, che rispecchia la vecchia concezione del carattere marginale dell'illecito colposo nel sistema penale; idea che sottovaluta il disvalore etico e l'altissima carica di pericolosità sociale che la delinquenza di tipo colposo porta con se in una società modernamente organizzata sotto il profilo tecnico. Per un'impostazione del problema nei suoi termini essenziali si veda pure P. NUVOLONE, *L'opzione penale*, in *Ind.Pen.*, 1985 p.241; C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale,* in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1992, p.849; T. PADOVANI, *La disgregazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv.it.dir.proc.pen*, 1992, ed in particolare p.437 e ss. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p.78 e ss.

Secondo il Prosdocimi, infatti, una volta preso atto della frequenza con cui nel codice penale la cornice sanzionatoria costruita per il delitto doloso sia sovrapposta a quella costruita per il delitto colposo, bisogna riconoscere che, pur rimanendo il dolo una forma di colpevolezza più grave della colpa, il delitto colposo può talvolta risultare più grave del delitto doloso, prevedendo una sanzione di entità superiore. Da ciò l'Autore conclude che mentre non è lecito mettere in discussione che la colpa con previsione possa essere posta ai vertici della colpa nella sua gravità concreta[369], il dolo eventuale, al contrario, non si collocherebbe necessariamente alla base del dolo. Poiché il dolo eventuale rappresenta un *maius* concettuale rispetto alla colpa con previsione, contenendo tutti gli elementi di quest'ultima con l'aggiunta della componente volitiva che nella colpa fa difetto, almeno in un'ottica di carattere retributivo dovrebbe essere sempre sanzionato in misura più consistente della colpa con previsione, dovendo necessariamente considerarsi in senso sfavorevole la presenza di un seppur sfumato coefficiente volitivo. Il fatto che, al contrario, la colpa cosciente possa essere sanzionata ad un livello superiore di quello minimo del dolo dovrebbe dunque rendere possibile il sostenere che il dolo eventuale non sia inevitabilmente la forma di dolo meno grave[370].

Tale ricostruzione, pur avendo l'indiscutibile pregio di essere stata uno dei rari casi in cui si è tentato di sondare le differenze tra dolo eventuale e colpa cosciente, sul terreno concreto della sanzione, non può essere ritenuta tuttavia condivisibile[371].

Sul piano del riscontro empirico, infatti, non è poi così vero che la colpa cosciente sia frequentemente sanzionata più gravemente del dolo[372]. Dove ciò si potrebbe verificare

---

369 S. PROSDOCIMI, *op.loc.ult.cit.*, p.119. Il quale ritiene che tale affermazione sia ancor più avvalorata alla luce della disposizione che configura la previsione dell'evento nella colpa come circostanza aggravante, prescindendo dai problemi di coordinamento tra l'art.61 n°3 ed art. 133, 1° comma, c.p., per quanto attiene alla valutazione del grado della colpa ai fini della commisurazione della pena.

370 Ancora S. PROSDOCIMI, *op.loc.ult.cit.,* p.120.

371 Secondo la ricostruzione sostenuta da Prosdocimi, la graduazione degli elementi psicologici del reato dovrebbe andare dall'elemento soggettivo minimo costituito dalla colpa incosciente, seguito poi, in ordine di gravità crescente, da colpa cosciente (distinta da tale autore rispetto alla colpa con previsione), colpa grave, dolo generico, colpa con previsione, e dolo eventuale, con il paradosso che il dolo generico sarebbe meno grave del dolo eventuale e della colpa con previsione pur avendo un momento volitivo più consistente. Se il dolo eventuale non è infatti la forma del dolo meno grave tale posto non può che essere occupato dal dolo generico, che però al contrario del dolo eventuale presenta sia una piena volizione che una piena rappresentazione. Si finisce così con il sancire la primazia dell'elemento rappresentativo, (adottando il quale l'impianto argomentativo delineato dall'Autore diventa completamente lineare e coerente) perché altrimenti un dolo con una volizione affievolita sarebbe più grave di un dolo con una volizione piena.

372 Inoltre l'eventuale sovrapponibilità degli edittali non è necessariamente da valutarsi in senso negativo potendo al contrario essere considerata un elemento di pregio del codice che consente ai giudicanti di adattare la pena al fatto ed al reo come se fosse un vestito su misura, anche alla luce del progressivo mutare del sentire sociale in merito all'allarme destato dai reti stessi. Paradigmatica l'ipotesi dell'omicidio colposo conseguente ad un sinistro

teoricamente, ciò è dovuto (più che a preferenze dommatiche o qualificatorie del giudicante o alla natura ontologica degli istituti in esame) agli influssi esercitati dagli istituti di favore processuale o dal riconoscimento di circostanze; tal che *cetris paribus*, in condizioni di totale identità del fatto, ben difficilmente un reato colposo potrebbe essere sanzionato più gravemente di uno doloso. Volendo portare ad esempio la disciplina dell'omicidio va rilevato che l'art. 589 c.p., prevede per l'omicidio colposo la possibilità di irrogare una pena variabile da 2 a 6 anni, mentre l'omicidio volontario disciplinato all'art. 575 c.p., prevede una sanzione non inferiore ai 21 anni di reclusione. Partendo da tali dati la colpa cosciente potrebbe essere sanzionata più gravemente del dolo solamente ove a quest'ultimo fossero applicabili più circostanze attenuanti ed un rito processuale favorevole come l'abbreviato, mentre al contrario la sanzione prevista per fattispecie colposa dovrebbe essere incrementata in quantità massima nella sua applicazione concreta. In conclusione l'ipotesi oggetto di critica potrebbe verificarsi solo raramente ed in riferimento a fatti e circostanze completamente eterogenee.

In secondo luogo il disconoscimento del dolo eventuale come forma meno grave di dolo sarebbe dogmaticamente e giuridicamente configurabile solamente in un sistema normativo in cui la struttura del dolo non fosse costituita congiuntamente dalla rappresentazione e dalla volontà del fatto tipico, ma dal maggiore o minor disprezzo dell'agente per l'oggetto della tutela penale[373]. Da questo punto di vista, chi agisce con dolo eventuale può rivelarsi più pericoloso di chi agisce con dolo intenzionale, poiché che il reo sia disposto a sacrificare un bene giuridico alla lesione o messa in pericolo del quale non è direttamente interessato, per raggiungere un fine diverso, svela un coefficiente di insensibilità sociale particolarmente rilevate[374] e, sotto il profilo del rimprovero di colpevolezza, chi persegue deliberatamente un fine criminale non è meno biasimevole di chi è disposto a tutto pur di veder soddisfatti i propri bisogni egoistici.

---

stradale i cui edittali sono stati recentemente innalzati più volte dal legislatore per rendere più congrua al sentire sociale la pena da comminarsi per le ipotesi di colpa cosciente. Si veda in argomento D. POTETTI, *I nuovi lineamenti del reato di omicidio colposo e lesioni colpose, conseguenti al c.d., "pacchetto sicurezza"*, in *Cass.Pen.*, n°12, 2009, pp.550-567 e, *quivi*, in particolare, p.63. Dunque proprio il lambirsi o il lieve sovrapporsi delle soglie edittali potrebbe essere visto come un efficace metodo per perseguire in modo più efficiente gli scopi propri della pena, sia sotto il profilo rieducativo che retributivo e preventivo, nella duplice dimensione della special-prevenzione e della general-prevenzione. Da ultimo, ma non per importanza, un utile strumento per superare sul piano della concretezza le sterili contrapposizioni nell'individuazione dei discrimini tra dolo eventuale e colpa cosciente.

[373] Così: A. PAGLIARO, *Principi, op.loc.cit.*, p.274 e s.

[374] In tal senso: T. DELOGU, *La teoria dell'intensità del dolo*, in *Annali di dir. e proc.pen.* 1935, p.863; E. DOLCINI, *la commisurazione della pena, op.cit.,* p.276, T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1962, p.861.

In tale contesto non sarebbe l'intensità della volizione a graduare l'elemento soggettivo (come avviene nel codice Rocco), acquisterebbe piene legittimità il criterio dell'accettazione del rischio, (meglio dell'accettazione dell'eventualità di verificazione dell'evento preveduto e non voluto) e il dolo eventuale, da forma più lieve, potrebbe assurgere a forma più grave insieme al dolo intenzionale premeditato, denotando una componente psicologico-normativa ad esso assimilabile.

Affinché ciò sia possibile, tuttavia, si renderebbe necessario un completo ripensamento di tutto il quadro dommatico del moderno diritto penale in tema di elemento soggettivo e ciò che è ancora più importante, una totale riscrittura del codice penale vigente.

- 5) <u>Cenni sulla tematica dell'accertamento. La cosi detta "*processualizzazione*" del dolo.</u>

Anche se spesso affrontato come questione marginale, il problema della prova è una questione di indiscussa centralità nell'analisi del dolo. Non ha infatti senso fornire la vasta gamma di differenti e sofisticate definizioni, di cui si è fatta menzione, senza poi procedere al riscontro della loro effettiva rilevanza pratica nell'ambito della concretezza processuale e della loro verificabilità e dimostrabilità empirica o logica. Non a caso sta acquisendo sempre maggior rilevanza l'approfondimento dei rapporti intercorrenti tra il diritto sostanziale ed il diritto penale processuale proprio prendendo le mosse dall'individuazione dei legami intercorrenti tra il contenuto del dolo ed il suo accertamento.

Il primato tradizionalmente riconosciuto al diritto sostanziale rispetto a quello processuale al primo strumentale, può funzionare a pieno solamente quando l'oggetto della prova è certo, costituito cioè da un elemento individuabile a priori nei suoi termini di consistenza concettuale.[375] Quando invece lo stesso oggetto della prova è concettualmente incerto – come forse avviene nel caso del dolo e, sicuramente, nel dolo eventuale – si può verificare nella pratica una distorsione del rapporto in cui il piano sostanziale, influenzato o persino condizionato dall'esigenza applicativa, si sottopone al piano processuale contenente

[375] T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind.Pen*., 1999, pp.528-529, il quale rivela che, secondo il dogma della strumentalità del processo rispetto al diritto penale compiutamente teorizzato da Kantorowicz,: "*la posizione di un sistema legale di valori tutelati è compito esclusivo del legislatore, e termina con l'emanazione di una norma generale ed astratta, che conclude la fase politicamente qualificata delle scelte di valore. Da questo istante il ciclo della produzione giuridica si sviluppa meccanicamente, attraverso un apparato di trasmissione che assume carattere servente e natura essenzialmente dichiarativa*".

criteri ed effetti riguardanti le prove[376]; fenomeno che è descritto come "*processualizzazione*" del diritto penale e indica che quest'ultimo si sta plasmando nelle sue strutture secondo moduli processuali[377].

Nel caso del dolo l'intersecazione tra piano sostanziale e piano processuale deriva necessariamente dall'intreccio che avviluppa la struttura e l'oggetto con l'accertamento. Nell'ottica di tale intersecazione l'accertabilità degli elementi di fattispecie è una necessità logica prima ancora che pratica, d'altra parte il diritto penale sostanziale non vive solamente in una dimensione statica, (*id est*: funzione di orientamento e di prevenzione generale), ma anche in una dimensione dinamica (*id est*: funzione repressiva della trasgressioni) che si può attuare esclusivamente mediante l'accertamento processuale. Ciò non toglie che concettualmente piano sostanziale e piano processuale debbano rimanere distinguibili. Cosi, per esempio, la questione se l'azione compiuta nella sicura consapevolezza della pericolosità indichi o meno la decisione contro il bene giuridico, riguarda il contenuto del dolo e dunque il piano sostanziale; mentre la questione se il soggetto agente avesse o meno tale consapevolezza nell'ipotesi concreta riguarda invece il piano dell'accertamento processuale.[378]

La necessità che nella definizione concettuale degli elementi del reato, ed in particolare di quello psicologico, non si dimentichi la loro accertabilità in concreto, è stata d'altronde affermata quasi mezzo secolo fa[379], rilevando l'inutilità e l'inefficienza di tute quella nozioni sostanziali che, se pur astrattamente impeccabili, si rivelino poi insuscettibili di un compiuto riscontro empirico nel giudizio.

---

[376] Cfr: T. PADOVANI, *op.loc.ult.cit.*, p.539, che precisa: "*La prova surroga l'oggetto e si verifica un'interscambio dei 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 di essa si confondono, poi si alterano ed infine si invertono*".

[377] In tema ancora: T. PADOVANI, *op.loc.ult.cit*., p.540, osserva che la "*processualizzazione*" avanza oramai impetuosa nello scardinare tutte le categorie sostanziali, "*materiandole*" di valutazioni ad andamento ascrittivo che si sostituiscono alle strutture oggettive e ne fanno le veci processuali. Così avviene per il dolo. L'Autore porta ad esempio i reati dolosi di matrice economica.(In argomento anche, *supra*, considerazioni introduttive, §2). Quando nella bancarotta si afferma non essere necessaria l'esistenza di alcun rapporto tra atto distrattivo e dissesto dell'impresa, si deduce che atti di disposizione dell'imprenditore non ancora *in bonis* assumano il carattere illecito, perché su di essi opera con effetto *ex tunc* la presunzione di volontaria distrazione in danno dei creditori. In questo modo, conclude Padovani, alla materialità di un fatto offensivo si surroga un canone probatorio (dal vago sentore di prova legale) entro cui la condotta di distrazione letteralmente collassa. In argomento anche G. LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol.I°, Milano, 2006, pp.409 e ss.

[378] Così W. HASSEMER, *op.loc.cit.*, p.498.

[379] Cfr., M. GALLO, voce *Dolo*, *op.loc.cit*., p.751; D. PULITANO', *Sui rapporti tra diritto penale e Processo in Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, p.955.

Si tratterebbe di trovare un compromesso conciliativo tra l'esigenza di affermare il carattere soggettivo dell'illecito e la pratica che, attraverso un sistema più o meno larvato di presunzioni, finisce per svalutare il reale atteggiamento psicologico nei confronti del fatto di reato[380]. Ma questa conciliazione non è facilmente raggiungibile, e ciò spiega come mai oggi si ritorni a parlare di una "*funzione probatoria*" del diritto sostanziale, quasi a voler richiamare quella dimensione processuale del diritto penale medioevale che caratterizzava il sistema delle *practicae* in cui i concetti di teoria generale, ed in particolare l'elemento sogettivo, subivano modificazioni in senso normativistico dettate da necessità probatorie[381]. Non solo dunque può accadere che nel processo si attui una distorsione dei concetti propri del diritto penale sostanziale, come è riscontrabile con l'utilizzo a proposito del dolo del concetto di "prevedibilità", ma nella stessa ottica di semplificazione verrebbe ad imporsi una logica secondo cui lo stesso diritto penale sostanziale dovrebbe ripensare i suoi schemi in funzione probatoria.[382]

---

[380] Ancora M. GALLO, *op.loc.ult.cit.*, il quale avverte come l'unica possibilità per risolvere questo contrasto sia data da una "*spregiudicata presa di posizione*" nei confronti delle peculiarità dell'accertamento dei fatti psicologici: in primo luogo rinunciando ad elaborare concetti che si dimostrino inutilizzabili ai fini di una concreta applicazione del diritto; in secondo luogo non supponendo più complesso di quanto davvero sia la determinazione dell'elemento psicologico, così da avere un comodo pretesto per sottrarsi ad indagini delicate. Sullo stretto collegamento tra problemi sostanziali e problemi processuali in tema d dolo si veda pure F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa, op.cit., Passim*.

[381] In tal senso: M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di Fioravanti, Roma-Bari, 2002, p.168, nota n°2. Il quale rileva che così come il diritto penale romano (vedi, *supra*, cap.I, §§ 2 e 3), anche quello tra il XIII° e il XVI° secolo può essere correttamente definito un diritto penale a "*dimensione processuale*". L'autore descrive cosi il sistema delle *practicae*: "*centralità del processo e del giudice, diritto penale misurato sulla tutela giudiziaria, fattispecie costruite intorno al modo di provarle, categorie penali quali imputabilità, causalità, colpevolezza e tentativo, ecc., elaborate a partire dalla commisurazione delle pene*". Non solo le fattispecie sostanziali erano concepite in funzione del procedimento giudiziale volto ad accertarle, ma anche concetti di teoria generale subirono modificazioni dettate da necessità probatorie. Ciò accadde in particolar modo per il dolo il cui concetto perdette progressivamente di intensità soggettivizzandosi rispetto alla originaria matrice romanistica, e divenendo funzionale alle esigenze probatorie processuali. Obiettivo principale se non unico delle *practicae* fu quello di fornire esempi alla luce dei quali si potessero risolvere le future controversie. Secondo uno schema che potrebbe essere approssimato al modello casistico del precedente vincolante in uso nei sistemi giuridici di derivazione anglosassone. Le varie formule di allargamento del concetto di dolo nacquero dunque in un sistema casistico ponendosi come criteri di accertamento; solo il loro consolidarsi nella pratica gli avrebbe attribuito con il tempo una natura sostanziale. Struttura ed accertamento del dolo, dunque, erano in realtà interdipendenti quando non addirittura la stessa cosa. Secondo G. P. DEMURO, *Prologomeni, op.loc.cit.*, p.1439, anche oggi molte tesi che sembrano avere ad oggetto il contenuto definitorio del dolo, rappresentano in realtà criteri di accertamento come, in tema di dolo eventuale, la teoria dell'operosa volontà di evitare dove la predisposizione o meno delle misure volte ad ostacolare la verificazione dell'evento può fungere da orientamento in sede di accertamento. Idem dicasi per le cosi dette *formule di Frank* formulate dall'insigne Autore in *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18 Aufl., Tübingen, 1931, p.130.

[382] In tal senso cfr: C. E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un codice penale dell'Unione Europea*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, p.502, il quale rileva come, in paricolar modo nei reati economici, si assista alla nascita di un "*nuovo*" dolo influenzato dalla "*sovrapposizione totale delle esigenze processuali dell'accertamento sui criteri sostanziali di determinazione dell'oggetto e della struttura del dolo*".

Tornando ad argomentazioni più tradizionali le peculiari difficoltà riguardanti l'accertamento del dolo, si ritengono unanimemente causate dal sostanziarsi del medesimo in atteggiamenti psicologici[383] che, appartenendo alla realtà interiore dell'agente[384], comportano l'aggravio della ricostruzione retrospettiva dei fatti storici verificatisi, non potendo ovviamente essere oggetto di accertamenti percettivi diretti sotto il profilo sensoriale[385].

Tale oggettiva difficoltà ha comportato in passato l'accrescersi (specie nella ricostruzione del dolo eventuale) della tentazione di accertare il dolo tramite presunzioni *juris tantum,* accollando cioè l'onere della prova negativa all'imputato una volta acclarata la sola presenza degli elementi oggettivi del fatto e la volontarietà della condotta[386]; a tutt'oggi, tuttavia, le posizioni dottrinarie basate sull'utilizzo di presunzioni vengono generalmente respinte dalla dottrina dominante, salvo poi essere tralatiziamente reintrodotte sotto mentite spoglie nella prassi giurisprudenziale[387], come avviene con l'adozione della ben nota formula del "*non poteva non sapere*" con cui si realizza una *fictio* inerente non solo l'elemento volitivo, ma anche quello rappresentativo-conoscitivo. E' ben evidente, infatti, che essendo il dolo un elemento costitutivo del fatto tipico e consistendo nella reale coscienza e volontà di

---

383 Così, C. F. GROSSO, *voce Dolo, op.cit.,* p.10.

384 In tal senso, M. GALLO, *voce Dolo, op.cit*., p.801.

385 In tal senso F. MANTOVANI, *op.cit*., p.158. Particolarmente interessanti si rilevano a tal fine i recenti studi sulle neuroscienze proliferati specialmente nella dottrina di lingua inglese. In tema: J. GREEN – J. COHEN, *For the law, neurosciences changes nothing and everything*, one contribution to the theme Issue "*Law and the brain*", in "*Phil.Trans.Royal Society*", London., B., 2004, 359, n°1451, p.1778; A. M. GOLDSTEIN – S. J. MORSE – D. L. SHAPIRO, *Evaluation of criminal responsibility*, in *Forensic Psycology*, 2003, Wiley, New York, pp.381-406; A. ABBOT., *In to the mind of a killer*, in *Nature*, 410, 2001, pp. 296-298; R. M. SAPOLSKY; *The frontal cortex and the criminal justice system*, in *Phil.Trans. Royal Society,* 2004, B., 359, pp.1787-1796; N. EASTMAN – C. CAMPBELL, *Neuroscience and legal determination of criminal responsibility*, in *Nature reviews Neuroscience*, 2006, p.331; F. LHERMITTE, *"Utilization behavior" and its relation to lesions of the frontal lobes*, in *Brain*, 1983, pp.47-57; J. A. KING., *Doing the right thing: a common neutral circuit for appropriate violent or compassionate behavior*, in *Neuroimage*, 2006, pp.1069-1076. Per riferimenti alla dottrina italiana si veda, *supra*, cap.I°, §9 e *ivi* nota n°18. Anche se la tentazione di poter individuare l'elemento soggettivo perfezionatosi nella mente del reo al momento della realizzazione della condotta con un'analisi tomografica della sua struttura e attività celebrale sembra essere particolarmente seducente, parimenti evidente è il rischio che in tale settore posa prendersi la china di un neo determinismo o positivismo penale già da lungo tempo superato nella dottrina italiana, sin da quando è stata ritenuta ultronea la necessità di individuare nel reo la fossetta occipitale mediana di lombrosiana memoria.

386 In tal senso cfr., G. FORNASARI, *op.cit*., p.179. Vedi anche, *supra*, cap.I°, *passim*, ed in particolare §§ 7 e 8.

387 Così L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, *op.cit*., p.107 ss.; C. F. GROSSO, *op.loc.cit*.; S. PROSDOCIMI, *voce Dolo, op.cit*., p.258; G. MARINI, *op.cit.,* p.478; G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*., p.334; M. GALLO, *voce Dolo, op.loc.cit.*, che (rinviando a sua volta in nota a F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*., *op.cit.,* p.12 ss.) invita a prestare particolare accortezza in materia perché "*la difficoltà di provare un elemento di fattispecie che, come il dolo, appartiene alla realtà interiore dell'agente ha spesso condotto a scambiare per presunzioni legali quelle che sono invece solamente imprescindibili esigenze di accertamento*". Ciò detto ribadisce anche egli l'inammissibilità di qualsiasi presunzione *juris tantum* del dolo.

cagionare un fatto criminoso, esso non può essere semplicemente presunto, ma và necessariamente accertato e dimostrato nella totalità delle ipotesi, ivi comprese quelle di maggior difficoltà quali – oltre al già citato dolo eventuale – le fattispecie soggettivamente pregnanti o di dolo *in re ipsa* tra cui possono indicarsi ad esempio le falsità documentali e la bancarotta fraudolenta[388].

Nell'impossibilità di procedere ad un accertamento empirico diretto (quale quello che usualmente riguarda la condotta o l'evento) l'unica via percorribile è dunque quella ricorrere ad apposite regole di esperienza[389], da applicarsi a tutte le circostanze del fatto che possono facilitare il riscontro della volontà colpevole nell'imputato[390]e, qualora fosse necessario, anche da circostanze estranee al fatto quali, ad esempio, il comportamento tenuto dal colpevole successivamente alla realizzazione del reato[391]. Ciò vuol dire che in mancanza di indicazioni dirette e di elementi sintomatici – onde evitare che nella maggior parte dei casi la dimostrazione dell'esistenza del dolo si converta in una *probatio diabolica* – ci si dovrà affidare a ciò che l'esperienza ha insegnato essere di norma presente in situazioni del tipo di quella in esame, per ritenere che la massima sia inapplicabile solamente ove sussistano elementi che dimostrino come, nel caso in oggetto, i fatti si siano svolti diversamente dall'*id quod plerumque accidit in rerum natura*[392].

Ancora una volta và sottolineato che ciò non implica nessun tipo di ricorso né a schemi presuntivi, né ad inversioni dell'onere della prova; infatti, anche se usualmente sarà l'imputato a difendersi sul dolo indicando elementi che dimostrano la sua innocenza, nulla vieta che la prova della mancata corrispondenza tra la massima di esperienza e la prova del dolo possa essere acquisita al processo dal giudice o dalla stessa accusa[393].

---

[388] In tal senso F. BRICOLA, *op.cit., passim*, e G. FIANDACA - E. MUSCO, *op.loc.ult.cit.*, che rinviando alla già citata sentenza Cass.16 dicembre 1986, affermano espressamente che: "*Và disatteso l'orientamento giurisprudenziale che, per semplificare la prova, presume il dolo nella commissione del fatto salva la prova contraria*".

[389] Così, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.loc.ult.cit*.

[390] Per tutti: M. GALLO, voce *Dolo, op.cit*., p.801, nonché Cass. sentenza del 11 luglio 1988, in *Cass. Pen*., 1990, p.234.

[391] Sul punto in particolare e per tutti: F. BRICOLA, *op.cit*., p.14. e G. FIANDACA - E. MUSCO, *op.cit*., che fanno riferimento inoltre a tutte le modalità estrinseche della condotta, e allo scopo perseguito dall'agente.

[392] Per quanto riguarda il dolo eventuale, tuttavia, è proprio il dato esperenziale a dimostrare che non vi siano tuttora dei criteri distintivi talmente validi ed univoci da poterne costituire indice di riconoscimento ragionevole, (vedi *infra*, §6, nota n°160) come è sostanzialmente dimostrato dal passivo recepimento da parte della giurisprudenza della teoria dell'accettazione del rischio e dalla progressiva fuga dal dolo eventuale alla colpa cosciente che con sempre maggior frequenza si realizza nei giudizi di appello.

[393] Cfr., M. GALLO, *op.loc.ult.cit*.; ID., *Appunti, op.cit*., 2001, p.123; e C. F., GROSSO., *op.loc.ult.cit.*

Il punto di maggiore importanza è, dunque, quello di capire come devono essere trattate le massime per evitare che si trasformino surrettiziamente nel fondamento di presunzioni di dolo. Al riguardo, si possono prendere in considerazione i seguenti criteri indicativi. Innanzi tutto, il riferimento alle massime di esperienza deve essere effettuato in relazione alle caratteristiche concrete del fatto oggetto di giudizio e non genericamente agli elementi della fattispecie astratta; inoltre, le stesse devono esprimere regolarità psicologico-finalistica, nel senso che si deve reputare alla luce di esse che, nel contesto dato, un soggetto con le caratteristiche dell'imputato, sia, con altissima probabilità, consapevole delle conseguenze del proprio comportamento ed assuma una condotta proprio di quel tipo. Infine, le massime utilizzate devono essere esplicitate e motivate affinché la deduzione che il giudice ne trae possa essere fatta oggetto di un controllo razionale[394].

- 6) L' accertamento della colpevolezza *"al di la di ogni ragionevole dubbio"*.

Sulla già complessa problematica dell'accertamento dell'elemento soggettivo del reato, ed in particolar modo del dolo eventuale, si è venuta ad innestare in tempi abbastanza recenti una nuova tematica che, malgrado la consistenza della sua rilevanza sia in ambito processuale che sostanziale, sembra essere tuttora oggetto di scarsa attenzione soprattutto da parte dei sostanzialisti: la necessità che l'accertamento della responsabilità penale sia effettuato "*oltre ogni ragionevole dubbio*".[395]

---

[394] In tal senso, L. EUSEBI, *op.cit*., pp.116 ss., e pp.164 ss. Per un'approfondita analisi del funzionamento delle massime di esperienza, si veda anche G. FORTE, *op.cit*., pp.825 a 829, e M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio di primo grado*, Milano, *passim*, ed in particolare capitolo II°, p.47 a 135. Per ulteriori approfondimenti sulla tematica si rimanda poi ad *infra*, cap.III°, §3. Per il controllo logico delle motivazioni che sostengono la sentenza si veda pure: E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc.Dir. Giuffrè*, vol.XXVII°, 1977, pp.181-257; F. M. IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc.Dir. Giuffrè*, aggiornamento, vol.IV°, 2000, pp.750-800.

[395] Si vedano in argomento: F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., n°1, 2009, pp.51 e ss; F. STELLA, *Giustizia e modernità*, 2^ed., Milano, 2002; ID., *Il codice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, p.107; F. STELLA – GAVALOTTI, *L' "oltre ogni ragionevole dubbio"come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, pp.883 e ss; P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di Filippi, Padova, 2007, pp.143 e ss; F. D'ALESSANDRO, *Oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti nella più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Cass.Pen*., 2006, p.2413; C. CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, pp.110 e ss; C. PIERGALLINI, *La regola dell' "oltre ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in AA. VV., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di Bargis e Caprioli, Torino, 2007, p.361; M. DANIELE, *Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell' al di là di ogni ragionevole dubbio*, in *Riv.dir.proc*., 2007, p.254; G. CANZIO, «*Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale* » in *Scienza e causalità*, a cura di De Maglie e Seminara; ID., *L'*

Subordinando l'emanazione della sentenza di condanna al presupposto che l'imputato risulti colpevole "*al di là di ogni ragionevole dubbio*", l'art. 533, comma 1, c.p.p., così come modificato dall'art. 5 della l. 20 febbraio 2006, n°46, ha introdotto nell'ordinamento italiano una delle regole cardine del sistema giudiziario nordamericano: la cosi detta "*beyond any reasonable doubt*" *rule*, usualmente indicata con l'acronimo "*bard*" *rule*[396].

Se si può affermare con certezza che alla giurisprudenza nordamericana va riconosciuto il merito di aver offerto una delle elaborazioni più sistematiche ed esaustive di questo principio, una semplice ricognizione del panorama dottrinale italiano rivela immediatamente che i grandi maestri del pensiero liberale avevano ben radicato nel proprio bagaglio culturale l'impronta euristica, oltre che garantistica, della formula *de quò*[397]: Già Lucchini, Carrara, Carmignani[398], infatti, affermavano con forza che il fondamento elementare della giustizia penale deve risiedere proprio nella regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, attraverso la quale soltanto si realizza la piena protezione del cittadino dagli abusi e dagli arbitri statuali.[399] Ma anche la dottrina processualistica più recente da Nobili, a Pisani, a Illuminati[400], non ha mancato di ribadire ripetutamente il principio, assegnando al criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio il ruolo di regola principe della

---

"oltre ogni ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2004, pp.303 e ss; C. E. PALIERO, *Il "ragionevole dubbio" diventa criterio*, in *Guida dir.*, 2006, n°10, pp.73 e ss; F. M. IACOVIELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *Cass.Pen*., 206, p.3870; L. LAUDAN, "*Is Reasonable Doubt Reasonable?*", in *Legal Theory*, n°9, 2003, pp.295 e ss.

396 Regola aurea che, secondo F. STELLA, *Il codice corpuscolariano, op.loc.cit.*, p.107, costituisce il "*manto regale di ogni ordinamento processuale democratico*". Per un'ampia illustrazione dei contenuti del *bard rule* nell'ordinamento statunitense, unita ad una forte sottolineatura degli irrinunciabili valori di libertà che la innervano, si veda anche: F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, pp.161 e ss; ID., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2002, pp.777 e ss. Sottolinea sul punto C. E. PALIERO, *Il "ragionevole dubbio" op.loc.cit.*, p.73, che tuttavia, nell'ordinamento di appartenenza, il principio stesso attiene sostanzialmente al rapporto tra giudice togato e giuria popolare (in relazione cioè all'assoluta minoranza dei processi che si svolgono alla stregua di questo modello di giurisdizione) e la regola viene processualmente gestita nei termini di indicazioni esplicative che, di volta in volta, il singolo giudice fornisce la sua giuria per orientarne il giudizio nel caso concreto.

397 Cosi cfr.: C. E. PALIERO, *op.loc.ult.cit.*, p. 74.

398 Cfr: F. D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Cassazione sull' "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2002, pp.737 e ss.

399 F. STELLA, *Giustizia e modernità*, 2002, *op.cit.*, pp.61-71.

400 M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, 1989, Bologna, p.165 e pp.285 ss., il quale approfondisce particolarmente il tema della motivazione come garanzia costituzionale e come limite al convincimento del magistrato; M. PISANI, A. MOLARI, V. PERCHIMUNNO, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, *Manuale di procedura penale*, Bologna, 2008; G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in AA.VV. *Compendio di procedura penale* a cura di G. CONSO e V. GREVI, Padova, 2000, pp.597 e s.

prova e del giudizio, nonché di strumento insostituibile per la concretizzazione dell'uguaglianza sostanziale tra le parti. Ciò nonostante l'originaria dizione dell'art. 533, c.p.p., ("*se l'imputato risulta colpevole*") non desse alcun conforto all'ermeneutica così orientata.

Una volta recepita espressamente nell'ordinamento, la formula non ha manifestato particolari esigenze di legittimazione sia sotto il profilo concettuale che in termini di consenso sociale. La regola, infatti, rappresenta sia un pendant gnoseologico della presunzione di non colpevolezza dell'imputato, sancito dall'articolo 27, 2° comma, della Costituzione, sia uno strumento di più incisiva implementazione dello stesso principio costituzionale; ciò nella misura in cui il criterio della certezza del giudizio probatorio risponde al principio cardine secondo il quale l'enorme portata dei diritti e dei valori messi in gioco dal diritto penale impone di preferire il rischio che un colpevole esca assolto dal processo all'evento drammatico che un'innocente venga condannato.[401] La fallibilità delle decisioni giudiziali, è un dato immanente a ogni sistema penale; pertanto il dovere di condannare solo su un grado di dimostrazione dei fatti pari quasi alla certezza appare, in linea di principio, un necessario complemento al compito di proteggere gli innocenti e di evitare che il potere dello Stato si tramuti in un arma contro cui non c'è difesa.

Si chiarisce dunque in questi termini il fondamento "filosofico" (*rectius*, politico-criminale) che sta alla base della regola qui in esame, quale regola probatoria e di giudizio atta a fornire un argine epistemico al libero convincimento del giudice[402].

Se dunque la fondazione etico-politica della regola è di facile apprensione, il vero nodo problematico riguarda l'opera di formalizzazione e, soprattutto, la traduzione in prassi giurisprudenziale (la cosiddetta implementazione) della "certezza" al di là di ogni ragionevole dubbio come criterio euristico che governi l'abduzione e la corretta valutazione della prova nel processo penale[403], sino a determinare la sussunzione del fatto concreto sotto la fattispecie

---

[401] In tal senso: E. AGAZZI, *La causalità ed il ruolo delle scienze statistiche nella spiegazione causale*, in *Scienza e causalità*, a cura di De Maglie e Seminara, p.54. Sulle stesse posizioni M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Scienza e causalità, op.ult.cit.*, p.108.

[402] In tal senso cfr: C. E. PALIERO, *op.loc.ult.cit.*, che definisce il libero convincimento del giudice un vero e proprio "*buco nero*" della materia penalistica. Lo stesso Autore sottolinnea inoltre che solamente una verità processuale "forte" nei termini di una quasi assoluta certezza, scongiura il pericolo che venga banalizzato il valore dell'innocenza (e della presunzione costituzionale che vi è correlata), già di per se inevitabilmente minato dal processo. Sulle medesime posizioni anche R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi costituzionali*, in *L'effettività della sanzione penale*, a cura di Giunta-Orlandi-Pittaro-Presutti, Milano, 1998, pp.37 e ss.

[403] Così cfr: M TARUFFO, *La prova del nesso causale*, *op.oc.cit.*, p.110, il quale sottolinea come nel riconoscimento dei valori sottesi al riconoscimento del principio indicato, sia implicita l'ammissione della posizione di svantaggio da cui parte l'imputato e, contestualmente, la necessità che si esigano *standards* più

legale in termini tanto di tipicità oggettiva che di imputazione soggettiva. Sul piano della dinamica processuale il principio di cui sopra deve dunque tradursi nella regola del convincimento di colpevolezza fuori di ogni perplessità;[404] convincimento indotto in termini di certezza empirica, incitata dall'accusa su ogni elemento del reato attraverso un metodo che rispetti il paradigma falsificazionista popperiano[405].

Nel ordinamento italiano la verifica in concreto dell'applicazione pratica della forma euristica *b.a.r.d.,* e della sua criteriologia è stata effettuata, per ora, solamente sul campo della causalità materiale-naturalistica.[406] Terreno su cui la giurisprudenza della Corte di cassazione aveva già da tempo anticipato il legislatore, adottando materialmente il principio del necessario superamento della ragionevolezza del dubbio ai fini dell'accertamento del nesso causale tra condotta ed evento[407]; cosi come la parte più avanzata della dottrina aveva già più volte richiesto l'adozione di criteri sostanzialmente equivalenti a quello del *b.a.r.d*., per l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 40 del c.p., e del suo capoverso disciplinante la causalità omissiva.[408]

---

rigorosi nel processo penale che non in quello civile. Per tale ultimo aspetto la giurisprudenza americana ha infatti tracciato una linea di confine netta e chiara, acquisendo come regola di giudizio nei procedimenti civili il diverso criterio del "*più probabile che no*" e limitando alla materia penale la più forte e rigorosa regola dell' "*oltre ogni ragionevole dubbio*".

[404] Ancora: C. E. PALIERO, *op.loc.ult.cit.*

[405] Vedi sul punto: K. R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica, Il carattere auto correttivo della scienza*, trad. it., a cura di M. Trinchero, Torino, 1998, *passim*; titolo originale: *The logic of Scientific Discovery*, 1959, traduzione inglese dell'opera *Logik der Forschung*, pubblicata a Vienna nel 1934.

[406] In argomento, tra i tanti: E. AGAZZI, *op.loc.ult.cit.*; M. TARUFFO, *op.loc.ult.cit.*; G. CANZIO, *op.loc.ult. cit*.; A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale, op.loc.cit*.

[407] Rileva infatti C. E. PALIERO, *op.loc.ult.cit*., p.79 come a partire dalle cosi dette "*sentenze Battisti*" del 2000 (così chiamate dal nome dell'estensore), la Cassazione avrebbe affermato con forza sempre maggiore la necessità che l'evento fosse causalmente conseguenza dell'azione con un elevato grado di credibilità razionale, rilevando che "*tra la semplice probabilità e l'elevato grado di credibilità razionale vi è tutta la differenza che corre tra l'incertezza e la pressoché certezza ed è solo quest'ultima che consente di ritenere in termini scientificamente e giuridicamente corretti il rapporto di causalità*", in tal senso: Cass., Sez. IV pen., 25-9-2002, n°1585, Sgarbi, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, pp.373 e ss. Sulle stesse posizioni, Cass., Sez. IV pen., 28-9-2000, n°1688, Baltrocchi, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2001, pp.277 e ss, con nota di F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva, tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità.* Principio che sarebbe stato ulteriormente ampliato e precisato dalla notissima sentenza Franzese, Cass.pen., SS.UU., 10 luglio 2002, in Foro *it.*, vol.II°, p.601, con nota di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite, ibidem* pp. 608-617.

[408] Tra tutti: F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, pp.1217 ss; ID., voce *Rapporto di causalità*, in *Enc.Giur*, vol.XXV°, Roma, 1991; ID., *Leggi scientifiche e spiegazione causale del diritto penale*, 2^ed., Milano, 2000; ID., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema Corte di cassazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2002, n°3, pp. 767 e ss.

Il terreno che resta tutt'oggi da sondare consiste nel verificare empiricamente cosa accada quando il principio in esame, essendo inerente all'accertamento della colpevolezza e, con essa, ad ogni elemento costitutivo del reato, venga ad essere necessariamente esteso all'elemento soggettivo ed in particolar modo al dolo, che della colpevolezza è diffusamente considerato la forma "*normale*" e più grave.[409]

Parte della dottrina, dopo aver analizzato l'evoluzione storica dell'applicazione del principio in esame nell'ordinamento americano, ritiene che il tipo di certezza rilevante ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo del reato possa essere conseguito con l'adozione di un modello di formula *b.a.r.d.,* edificato sul paradigma della certezza logica e costruito su di una base stocastica, probabilistica e logico-deduttiva. [410] Tale "*modello logico*", da un lato, ammette il coesistere di più ipotesi dotate di credibilità razionale, e risolve il conflitto tra di esse adottando l'ipotesi statisticamente più frequente ritenendo non ragionevole il dubbio fondato su di un'ipotesi fornita di bassa probabilità; dall'altro considera sufficiente come prova oltre ogni ragionevole dubbio una dimostrazione dell'assunto accusatorio fondato su paradigmi di razionalità puramente logico-deduttiva, anche in presenza di spiegazioni alternative parimenti "logiche", ma meno probabili.

Per tali caratteristiche, tuttavia, tale metodo è sicuramente il più contrastato perché tende a sostituire una valutazione qualitativa con una valutazione di tipo quantitativo, e si avvicina pericolosamente al paradigma civilistico del "*più probabile che non*"[411], candidando

[409] Vedi *supra*, §1, nota n°3.

[410] Cfr: C. E. PALIERO, *op.loc.ult.cit*., p.81. Rileva l'Autore che nell'esperienza americana la formula Bard è stata ricostruita secondo tre modelli concettuali differenziati e tutti orientati a definire il tipo di certezza rilevante. Tali modelli sono: 1) il paradigma della "*certezza morale*" – dominante sino al 1950 ed oggi recessivo; 2) il paradigma della "*certezza scientifica*" – costruito su base nomologica ed empirico-induttiva; 3) il paradigma della "*certezza logica*" – costruito, come già detto nel testo, su base stocastica, probabilistica, e logico deduttiva. Nell'ordinamento nordamericano, continua l'A., nessuno dei tre paradigmi si è definitivamente consolidato e nessuno di essi è stato estromesso dalla giurisprudenza. Volendo fornire una rapida descrizione del primo dei due modelli si può evidenziare come il "*modello morale*" era essenzialmente soggettivo e collocava il suo standard nella serenità di giudizio individuale del singolo giurato alleggerendone la coscienza ed i relativi conflitti, specie in caso di condanne capitali. Su questa base, le istruzioni del giudice erano essenzialmente orientate a precisare i contorni della ragionevolezza del dubbio ostativo della condanna, ma necessariamente il *know how* rappresentativo della base del giudizio era di tipo etico-comportamentale, tratto per analogia dalla teoria delle scelte individuali e, in ultima analisi, dal puro e semplice comune buon senso. In tale ottica era ragionevole il dubbio analogo a quello che impedisce ad una persona ragionevole di prendere decisioni importanti della sua vita, ovvero il dubbio analogo a quello che trattiene una persona prudente dal tenere un comportamento, preferendo optare per l'inerzia (vedi: L. LAUDAN., *op.loc.cit.*, p.302). Quanto al secondo modello, c.d. "*modello scientifico*", esso era, ed è, estremamente smile al paradigma nomologico-deduttvo puro, e si basa, da un lato, sull'assenza di ogni elemento atto a falsificare l'ipotesi accusatoria, anche in termini di "*ipotesi alternativa ipotetica*" fornita di una qualche credibilità, dall'altro, sull'esistenza di leggi scientifiche atte a verificare in termini di pressoché certezza l'ipotesi accusatoria, come evidenziato da F. STELLA, *Giustizia e modernità*, 2002, *op.loc.ult.cit*.).

[411] Vedi, *supra,* nota n°142.

cosi l'accertamento dell'elemento psicologico a divenire la "spina nel fianco" per l'implementazione della regola di *b.a.r.d.,* nel nostro ordinamento.[412]

Prescindendo tuttavia dalle peculiarità del metodo logico e dai suoi relativi limiti, è innegabile che se è già difficile fornire una prova del dolo ragionevolmente indubitabile, la difficoltà diviene ancora maggiore laddove il dolo da accertare sia quello eventuale. In un elemento soggettivo di creazione giurisprudenziale e non giuridicamente definito nei sui tratti salienti dal legislatore, infatti, il primo elemento da sottoporre alla regola del *b.a.r.d.*, dovrebbe necessariamente essere quello della selezione della definizione dottrinaria o dommatica con cui assumere tale concetto, potendo passare alla verifica in concreto della sua sussistenza solamente dopo aver effettuato una tale selezione preliminare.

All'atto del giudicare, dunque, il giudice dovrebbe necessariamente vagliare tutte le teorie sulla delimitazione dei limiti tra dolo e colpa, adottando solamente quella logicamente più probabile secondo criteri statistici, e generando così un meccanismo circolare che porterebbe progressivamente all'emarginazione delle teorie minoritarie. Adottando inoltre la definizione del dolo eventuale basata sull'accettazione del rischio il tema si amplierebbe ulteriormente, inducendo alla necessaria verifica non solo della ragionevolezza della sussistenza della rappresentazione e volizione del fatto tipico, ma anche di tutti i parametri di commisurazione e valutazione del rischio stesso. Idem dicasi dove la teoria del rischio dovesse essere ulteriormente integrata con l'elemento del disprezzo per l'oggetto di tutela. Elemento, quest'ultimo, particolarmente labile e dai contorni sfumati, che, essendo a sua volta difficilmente dimostrabile, introdurrebbe un'ulteriore elemento di dubitabilità della valutazione euristica compiuta dal giudice nella motivazione.

In buona sostanza, a parere di chi scrive, il dolo eventuale introduce una tale pluralità di variabili nella valutazione del giudicante da essere difficilmente armonizzabile con qualsiasi modello di *b.a.r.d.,* poiché sarebbe sempre logicamente ragionevole dubitare di un elemento polimorfo ed indeterminato la cui qualificazione è demandata di volta in volta agli interpreti nell'ambito del più classico *tot capita tot sententiae*, dove l'opzione di fondo non potrebbe essere in alcun modo falsificabile[413], derivando in ultima istanza da una semplice preferenza personale.

---

[412] Ancora: C. E. PALIERO, *op.loc.ult.cit.*, p.82, il quale ritiene che tanto per gli elementi soggettivi del tipo, quanto per gli elementi oggettivi che passano "*attraverso la psiche*" quali la causalità psicologica, non sia preconizzabile un destino diverso dall' "*abbandono*" al paradigma logico.

[413] Ad esempio: mentre in una sentenza in cui un giudice dovesse ritenere riconoscibile il nesso di causalità materiale applicando una legge scientifica antiquata ed inefficace, anche se suffragata dal suo libero convincimento, il suo errore sarebbe facilmente falsificabile e conseguentemente contestabile, non cosi avviene per il dolo eventuale. Qui nel momento in cui il giudicante avesse deciso di adottare la logica della operosa

In sintesi: se l'accertamento della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, come premesso, richiede un oggetto ben definito da dove accertare, tale non può essere ritenuto il dolo eventuale, perlomeno sino a quando il legislatore non si risolverà a definirlo espressamente risolvendo definitivamente le incertezze interpretative e le divergenze qualificatorie presenti in dottrina e giurisprudenza.

Tali valutazioni non sembrano tuttavia estensibili alla colpa con previsione che, espressamente preveduta e qualificata dal combinato disposto dell'art. 43, e dell'art.61 n°3 del c.p., rappresenta un tema di verifica cristallizzato nelle sue componenti costitutive, e dotato di un substrato oggettivo maggiormente tangibile pur nella sua essenza di elemento psicologico[414].

Stando alla lettera dell'art.61 n°3, infatti, l'interprete si dovrebbe limitare a verificare la sussistenza della responsabilità colposa di base quale negligenza, imprudenza, imperizia o mancato rispetto di leggi regolamenti ordine e discipline, associandovi, in un secondo momento, l'accertamento che l'agente abbia agito "*nonostante la previsione dell'evento*" potenzialmente correlato alla sua condotta. Applicato ad un oggetto cosi definito il modello di *b.a.r.d.*, basato sul paradigma logico-deduttivo il processo stocastico di valutazione della probabilità statistica[415] può prescindere totalmente dall'opzione dottrinaria focalizzandosi sulla probabilità o meno che l'evento non voluto sia stato oggetto di previsione.

---

volontà di operare, quella dell'accettazione del rischio, quella del disprezzo per l'oggetto di tutela, o una qualsiasi delle ben undici definizioni del dolo eventuale che S. CANESTRARI, *op.loc.cit.*, p.3, giunse a recensire, (vedi *supra*, considerazioni introduttive, p.3), la medesima opzione non sarebbe falsificabile rendendo conseguenzialmente dubitabile la certezza di un elemento soggettivo che, prima ancora di essere dimostrato, è frutto di una insindacabile opzione ermeneutica dell'interprete.

[414] Tale certamente diverrebbe nel momento in cui si operasse un disconoscimento espresso del dolo eventuale o, quantomeno, una sua compiuta formulazione. Le difficoltà definitorie e qualificatorie della colpa con previsione, infatti, non nascono dalla definizione legislativa dell'art 61, n° 3, che si palesa chiara e precisa, bè dalle caratteristiche ontologiche della colpa in generale, ma dal raffronto di quest'ultima con le differenti ricostruzioni del dolo eventuale di volta in volta elaborate dalla dottrina. Nel momento in cui si sostiene che i due istituti coesistano, infatti, (cosa che era nettamente negata da Rocco che disconosceva espressamente il dolo eventuale dichiarandolo estraneo al codice, vedi *supra* cap.1°, §10) nasce l'esigenza di individuare dei criteri discretivi edificati prevalentemente sulla previsione e sul substrato psicologico ad essa sotteso quale la noncuranza, il disprezzo, l'accettazione del rischio o gli omologhi contrari della fiducia nella non verificazione o nella capacità di dominio del rischio ecc., coefficienti che, nel dolo, dovrebbero tendere ad approssimarsi il più possibile ad una piena volizione e, nella colpa con previsione, a distanziarsene, malgrado la rappresentazione. Si introducono cosi nella previsione della colpa degli elementi che le sono estranei e, soprattutto, non sono stati previsti dal legislatore. In verità, per Arturo Rocco, eliminato alla fonte il dolo eventuale, il dolo e la colpa erano differenziati esclusivamente dall'elemento volontaristico, mentre l'elemento "previsionale" e rappresentativo era concepito come uguale in entrambi gli elementi soggettivi, non essendo ontologicamente distinguibile la "previsione dolosa" dalla "previsione colposa" se non alla luce della presenza o meno della volontà dell'evento conseguente all'azione. Motivo per cui, nel diritto positivo vigente, è la volontà che qualifica la rappresentazione e non la sola rappresentazione in se.

[415] Probabilità che, in un'ottica autenticamente garantistica, dovrebbe presumersi il più possibile prossima alla certezza come è oggi ritenuto unanimemente necessario in tema di accertamento della causalità materiale. Su tale

In conclusione l'accertamento dell'elemento soggettivo secondo un modello *b.a.r.d.*, che voglia essere un autentico strumento di civiltà giuridica e non una vuota affermazione di principio (anche ove si volesse edificarlo su una semplice deduzione del giudice se pur logicamente supportata) dovrebbe indurre sempre a preferire l'applicazione della colpa cosciente in sostituzione del dolo eventuale, essendo la prima più ragionevolmente accertabile di quanto non sia il secondo. Senza togliere che, adottando come orizzonte la razionalità del dubbio e la facilità dell'errore valutativo, sarebbe sempre preferibile correre il minor rischio di punire toppo lievemente che non quello di sanzionare in maniera sproporzionata ed eccessiva rispetto alla reale colpevolezza del reo.

ultimo argomento si veda per tutti: G. CANZIO, *La Causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass.Pen.*, n°5, 2006, pp.1971 e ss.

CAPITOLO III°

CAPITOLO III°

DOLO EVENTUALE E COLPA CON PREVISIONE.

IL DOLO EVENTUALE TRA DOMMATICA E DIRITTO POSITIVO.

SOMMARIO: – 1) Punti fermi in tema di dolo eventuale. – 2) Alla ricerca dell'elemento caratterizzante del dolo eventuale, il ruolo dell'articolo 43 c.p. nella definizione del medesimo. – 3) La prova del dolo eventuale nella prassi applicativa. – 4) I criteri distintivi rispetto alla colpa cosciente nati in dottrina e in giurisprudenza nell'ambito del dibattito tra teoria della volontà e teoria della rappresentazione. – 5) La teoria dell'accettazione del rischio: critiche. – 6) Le nuove ricostruzioni del dolo eventuale nate dal tentativo di superare i limiti della teoria dell'accettazione del rischio. – 7) La configurabilità del dolo eventuale come realtà riconducibile alla colpa con previsione. – 8) Le incompatibilità sistematiche del dolo eventuale come ulteriore conferma della sua estraneità al codice penale vigente. Il dolo eventuale ed il delitto tentato. - 9) La "scelta" come essenza della responsabilità e come unica accezione del concetto di volontà dommaticamente compatibile con il dolo eventuale.

- 1) <u>Punti fermi in tema di dolo eventuale</u>.

Come già antecedentemente sottolineato[416], in linea di prima approssimazione può definirsi eventuale (o indiretto) il dolo del caso in cui l'agente non può vedere realizzato in maniera subitanea ed immediata il fine ultimo del proprio agire perché, possibili o non improbabili[417], conseguenze secondarie indesiderate – consistenti nel verificarsi di uno o più reati – si assocerebbero al risultato della propria condotta. Egli allora, nell'alternativa tra l'attivarsi o il rimanere inerte non conseguendo il suo scopo, – scopo che non deve essere inteso ad un reato perché il dolo altrimenti sarebbe intenzionale[418]– opta per l'azione,

[416] Vedi *supra*, cap.II°, *passim*, ed in particolare §4.

[417] In tale senso: G. JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin – New York, 1983, p.222. Già indicato in G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.loc.ult.cit.*

[418] Cfr.: V. SCORDAMAGLIA, *La responsabilità penale del cardiochirurgo*, *op.loc.cit*., p.6; G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit.*, p.329; A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza, op.cit.*, pp.311 s; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà, op.cit.*, p.6; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, 2001, *op.cit*., p.122, Autore,

nonostante la consapevolezza del possibile verificarsi del risultato delittuoso. Una eventualità, questa, intrisa di senso di rivolta verso l'ordine giuridico, perché esprimente assenza di rispetto verso i beni e gli interessi primari tutelati dalla legge[419] e perché non dissuade l'autore dal suo operare, essendo questi determinato a realizzare comunque il proprio intento[420]. Và da se che il soggetto sarà poi effettivamente in dolo solamente ove l'evento di reato verrà fattualmente a concretarsi nella realtà materiale[421].

Il contenuto ed i confini della figura in analisi risultano dibattuti da tempi risalenti[422], l'idea teorica del *dolus eventualis* affonda infatti le sue radici nella creatività dei giuristi medievali[423] che, distaccandosi da quanto avveniva antecedentemente nel diritto romano, per primi posero le basi per l'elaborazione di un concetto di dolo che non si identificasse più con la sola volizione. Tale risultato fu conseguito prendendo le mosse dal noto broccardo latino di

---

quest'ultimo, che preferisce esprimere il medesimo concetto indicandolo come "*esclusione dall'azione di una efficacia determinante*". Tale linea dottrinaria, (pur contrastando, con antecedenti pronunciamenti giurisprudenziali, quali la sentenza della Cass. Sez. I pen., 23 settembre 1980, in *Cass.Pen*., 1981, p.1988, che apertamente riferisce la figura in oggetto all'accettazione delle conseguenze ulteriori della propria azione criminosa) riconducendo il verificarsi del dolo eventuale ai soli reati casualmente connessi alla realizzazione di condotte volte al perseguimento di un fine non criminoso, da un lato riduce le differenziazioni intercorrenti con la colpa cosciente, dall'altro produce un consistente restringimento della figura in oggetto riconducendone la rilevanza etico-sociale ai soli "*casi limite*" come già sottolineava D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dogmatica nella dottrina del dolo*, Napoli, 1965, in *Scritti di diritto penale*, 1996, facendo ivi a sua volta riferimento in nota n°61 a G. STRATENWER, *Dolus eventualis und bebweuste farlassingkeit*, in ZStW., 71, 1959, pp.51 ss; e ad Arm. KAUFMANN, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau,* in *ZStW*., 70, 1959, pp.64 ss.

419 Vedi *supra*, cap.I°, §1.

420 In tal senso, cfr., ancora: V. SCORDAMAGLIA, *op.loc.ult.cit.* L. EUSEBI, *op.loc.ult.cit*.; A. PAGLIARO, *op.loc.ult.cit*.; R. Von FRANK, *Das Strafgesetzbuch, op.loc.cit.*

421 Cfr., in tal senso: A. PAGLIARO, *op.cit*., p.274., che sottolinea come l'evento accessorio possa anche non avere carattere naturalistico indicando gli esempi del dolo eventuale nella concussione (tratto dalle pp. 131 ss. della parte speciale dell'*op.cit*.) e del dolo eventuale nel falso (quest'ultimo tratto dalla sent. Cass. 6/aprile/1971, in *Mass.dec.pen*., 1971, p.1282. Vedi anche, *supra*, cap.II°, §3.

422 Anche se in formulazione ovviamente distante da quella oggi comunemente accettata, tracce del dolo eventuale come previsione di un evento disgiunta da un autentica volizione del medesimo, sono infatti rinvenibili già negli scritti di San Tommaso D'Aquino, vedi *supra* cap.I°,§5. Così cfr., G. LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1990 p.1499. In tal senso anche M. FINZI *"Previsione senza volizione" nel diritto penale*, in *Scuola positiva*, 1922, p.163, il quale a sua volta sottolinea in nota n°3 come San Tommaso distinguesse – in, *Summa teologica prima secundae partis*, qu. 20, art.5; alla p.178 del vol.II° della edizione romana del 1894 – a seconda che l'evento "*aut est praecogitatus aut non*". "*Si est praecogitatus, manifestum est quod addit ad bonitatem vel malitiam actus".* Il medesimo autore sottolinea come in tempi a noi più prossimi e dato rinvenire la stessa distinzione in PUTTMAN, *Elementa juris criminalis*, Leipzig, 1779, §36, che dopo aver dato la definizione dell'intenzione diretta: *"volurit totoum quo facimus peroetratum fuit effectum"*, distingue due casi , secondo che l'evento non voluto sia stato previsto o meno; e in un opera minore di A. FEUERBACH, più precisamente nella *Critica al progetto di Kleinschrod*, ove l'autore, allontanandosi con nettezza da quanto gia scritto nel *Trattato* , imputa l'evento non voluto a titolo di dolo allorchè fu previsto come possibile o probabile. Entrambi gli autori erano a loro volta già citati in F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1871, per la parte generale al §36 e nella parte speciale al §1101.

423 Vedi ampiamente, *supra*, cap.I°, *passim*, ed in particolare: §§5 e ss.

matrice canonistica secondo il quale "*qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*". Si partì, così, della responsabilità oggettiva[424] per l'evento non voluto – cagionato, però, nel quadro di un attività pericolosa – per venire via via a restringere la responsabilità all'evento ulteriore oggettivamente probabile, introducendo, in tal modo, un nuovo coefficiente di colpevolezza[425].

Da allora in poi il dibattito dottrinale in materia è continuato con mutevole costanza sino ad acquisire, progressivamente e già dal finire del secolo scorso[426], un ruolo di sempre più consistente centralità nel panorama penalistico.

Pur dopo secolare riflessione tuttavia, il dolo eventuale continua tuttora a presentare, tanto nell'elaborazione teorica quanto nella prassi, una grandissima varietà di posizioni. Esso, infatti, è considerato nell'ordine: – come il luogo dove le dispute teoriche tra rappresentazione e volontà si concretizzano, confrontandosi simultaneamente con le esigenze applicative[427] – come la forma "minima" del dolo comunemente accolta ed, in quanto tale, custode dell'essenza intima e più pura dello stesso[428] – e, da ultimo, come una sorta di scrigno

---

[424] E' tale quella forma di responsabilità in virtù della quale un determinato evento viene posto a carico dell'autore in base al solo rapporto di causalità materiale. In una prospettiva di una tendenziale identificazione tra delitto e peccato, si riteneva che il delinquente–peccatore dovesse rispondere di tutte le conseguenze oggettivamente cagionate dalla sua precedente azione criminosa, non importa se volute o non volute, prevedibili o fortuite. In tal senso G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*., p.578. Vedi anche, *supra*, cap.I°, §6.

[425] In tal senso cfr.: G. BRAMANTE, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di dolo eventuale*, in *L'indice penale*, 1995, fas.III°, p.733; G. FORTE, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, In *Riv.it.dir.proc.pen.*, vol.II°, 2000, p.822, in nota n°7; ID, *Ai confini tra dolo e colpa, dolo eventuale o colpa cosciente?* In *Riv.it.dir.proc.pen*, 1999, p.232. Inoltre per una sintetica quanto efficace analisi dell'*excursus* storico–evolutivo del concetto di dolo eventuale può utilmente rinviarsi a G. DELITALA, *Dolo eventuale*, in *Diritto penale, raccolta degli scritti*, vol.I°, Milano, 1972, pp.433 ss., ID, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, *ibidem*, p.436; nonché DOLCINI E., *L'imputazione dell'evento aggravante*, in *Riv.it.dir.proc.pen*, 1979, p.761.

[426] Per la dottrina tedesca possono essere a riguardo menzionati: P. GESSLER, *Äüber den begriff und die arten des dolus*, 1860, pp.15 ss.; A. LÖFFLER, *Die schulfarmen des strafrechts*, 1895, p.144; L. Von BAR, *Gesets und shuld im strafrecht*, vol.II°, 1907, p.274; R. Von HIPPEL, *Vorsatz, fohrlässigkeit, irrtum*, in *VDA, A.T.*, vol.III°, 1908 pp.497 ss.; K. KLEE, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Shuld*, 1906, pp.4 ss (tutti già indicati da G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988 p.114. Per la dottrina italiana vano ricordati in particolar modo F. CARRARA, *op.cit.*, §§ 66 / 68 / 271; E. PESSINA, *Elementi di diritto penale, op.cit.*,1871, p.161; ID, *Enciclopedia del diritto penale*, 1904, *passim*, (già indicati in M. FINZI, *op. e loc.cit.*) nonché B. ALIMENA, *Principi di diritto penale*, vol.I°, p.295, e A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione di dolo*, 1930, *passim.* Vedi anche, supra, cap.I°, §8.

[427] Tra i tanti, G. LATTANZI – E. LUPO, *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol.II°, tomo I°, Milano, 2000, p.206; G. LICCI, *op.loc.cit.*, p.1501, A. PAGLIARO, *op.cit*., p.275; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol.I°, Milano, 1995, articolo 43, pp.410 ss.

[428] Così cfr., S. PROSDOCIMI, *Voce Reato doloso, op.loc.cit*., che rivela come la ricostruzione in esame tragga origine dalla dottrina tedesca, (tra i tanti in particolare W. FRISCH, *Varsatz und risiko,* Köln–Berlin–Bonn–München, 1983, *passim* ed in particolare alle pp.496 ss.) che valorizzano il concetto di condotta rischiosa come fulcro dell'illecito penale, viene a ravvisare nel dolo eventuale la vera, autentica forma del dolo. Nella dottrina italiana tale sembra essere la posizione di G. DE FRANCESCO, *op.loc.cit*., p.149, il quale afferma

prezioso che racchiuda nella sua struttura definitoria il discrimine tra il dolo e la colpa, segnando, in molti casi, il limite soggettivo dell'illecito penale[429]. Per completezza và segnalato come non manchino, inoltre, autorevoli e sempre più diffuse voci che contestano alla radice la configurabilità di tale categoria concettuale; costoro ritengono infatti che gli effetti di una condotta intenzionale che non furono direttamente voluti, potendo essere oggetto solamente di imputazione colposa, non rientrino nel dolo, ma nella colpa con previsione ex articolo 61, comma 3°, c.p.[430].

Ciò detto è da sottolinearsi come, nonostante la comune matrice storico–culturale abbia reso il concetto di dolo eventuale ben metabolizzato in tutti i principali ordinamenti dell'Europa continentale, esso si sia tuttavia sviluppato *preter legem* o, quantomeno, al di fuori di espliciti riconoscimenti legislativi[431]. Tale vizio di nascita ha reso necessario cercare di spiegarlo con una grande varietà di teorie giustificative, tendenti a riportarlo pienamente nell'alveo del dolo, nonostante le evidenti dissimmetrie rispetto alle forme del medesimo tradizionalmente tramandate. E' infatti da tener presente[432] che, mentre nel dolo intenzionale ed in quello diretto sono riscontrabili come simultaneamente presenti nella realtà materiale tanto l'elemento volitivo che quello rappresentativo (pur con la predominanza della volizione nel dolo intenzionale e della rappresentazione nel dolo diretto[433]) il dolo eventuale, invece, si presenta sia con un elemento volitivo piuttosto impalpabile – visto che l'autore semplicemente si rassegna all'eventualità che si realizzi un certo rischio – che con un elemento rappresentativo più sfumato rispetto alle ipotesi di dolo diretto – perché il verificarsi

---

sostanzialmente che il dolo eventuale rappresenterebbe la forma base dell'imputazione dolosa in quanto sono in esso presenti i coefficienti del dolo nella forma essenziale. *Contra*, tra gli altri, F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa, op.cit.,* p.77, in nota n°45.

[429] In tal senso, cfr.: S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit.,* p.4.

[430] Rinviando ad, *infra*, §7°, per un maggior approfondimento, và sottolineato come questa linea di pensiero abbia trovato degli estimatori tanto nella dottrina più risalente quanto in quella più recente, ad esempio per tutti può citarsi A. DE MARSICO, *op.cit*., p.154, e R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale (pt.gen.),* vol.I°, 3^ed, Torino, 1962, p.324. Tra le leve più strettamente contemporanee della dottrina penalistica essa è attualmente riproposta da G. FORTE, *Il dolo eventuale tra divieto d'interpretazione analogica ed incostituzionalità, op.cit., passim;* ID., *Ai confini fra dolo e colpa, dolo eventuale e colpa cosciente? Op.loc.cit*., pp.276 ss., che, con impostazione che riteniamo di condividere, non esita a definire apertamente il dolo eventuale un "*doppione mascherato*" della colpa con previsione. Ulteriori riferimenti sono rinvenibili anche, *supra*, in considerazioni preliminari, §1.

[431] In tal senso, S. PROSDOCIMI, *Voce Reato doloso, op.cit.,* p.243.

[432] Pur avendo antecedentemente aderito alla teoria che ritiene meglio rispondenti a criteri di precisione definitoria la tripartizione tra le forme di dolo distinguendo il dolo intenzionale il dolo diretto e quello eventuale.

[433] Per ulteriori approfondimenti, vedi *supra*, cap.II°, §1, e §4.

del fatto tipico non deve essere previsto come certo o altamente probabile, ma è ritenuto usualmente sufficiente un determinato grado di possibilità[434] –.

Ciò detto và indicato come il più consistente problema del dolo eventuale non si pone tuttavia nel rapporto con il dolo intenzionale o diretto, ma piuttosto con la categoria della colpa cosciente[435], rispetto alla quale, come meglio si vedrà nei paragrafi successivi[436], lo spartiacque concettuale appare assai incerto e variabile, a scapito delle numerosissime e raffinate teorie elaborate per fissarlo con precisione. Sicché non è ingiustificata l'impressione che i tratti comuni fra queste due categorie (implicanti entrambe l'assenza di intenzionalità e la rappresentazione del fatto tipico come conseguenza e concretizzazione del rischio insito nella condotta) siano più evidenti di quelli che esistono tra il dolo eventuale e le altre forme di dolo[437].

Alla luce degli esiti evidentemente deludenti cui sono pervenute le ricostruzioni teoriche ipotizzate dall'elaborazione accademica e della giurisprudenza, sia sotto il profilo di una definitiva chiarificazione circa la composizione strutturale del dolo eventuale, sia sul versante relativo all'individuazione di una convincente linea di demarcazione con la colpa cosciente, sta emergendo fortemente nella dottrina l'esigenza di una completa revisione dell'intera categoria concettuale[438].

La riprova di tale orientamento è variamente manifestata e documentabile. In primo luogo sono sempre meno sporadici i riconoscimenti di come il dolo eventuale abbia spesso costituito in passato e continui sovente a costituire tuttora, una sorta di *escamotage* in cui si

---

[434] In tal senso: G. FORNASARI, *op.cit.,* p.171, e G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, 1993, Torino, pp.475 s.

[435] In tal senso: G. LICCI, *op. e loc.cit*., p.1499, che ricorda in proposito come la figura del dolo eventuale, in epoca contemporanea sia stata oggetto di una ricostruzione in negativo rispetto alla complementare figura della colpa cosciente, rinviando a sua volta, in nota n°3, a DE FRANCESCO G., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, *op. e loc.cit.* pp.113 ss, per una più approfondita analisi in tal senso.

[436] Per la tesi che riconduce il dolo eventuale alla colpa con previsione vedi, *infra*, cap.III°, §7°.

[437] Ancora G. FORNASARI, *op.loc.cit*. e G. FORTE, *Il dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità, op. loc.cit.,* p.821 ss. Mentre, come già detto, (*supra,* cap.II°, §6) per adeguarsi al modello della responsabilità penale oltre ogni ragionevole dubbio, bisognerebbe accertare anche l'elemento soggettivo con un grado percentuale di credibilità logico-razionale il più possibilmente vicino alla certezza, come avviene, d'altronde, per il nesso di causalità materiale.

[438] In tal senso, cfr.: S. CANESTRARI, *La definizione legale del dolo ed il problema del dolus eventualis,* in *Riv.it dir.proc.pen.,* 2001, p.906; G. FORTE, *Ai confini del dolo e della colpa, dolo eventuale o colpa cosciente?*, *Op.loc.cit.,* pp.244 ss; ID, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità, op. loc.cit.,* pp.822 ss. Ma anche cfr.: R. RIZ., *op.cit*., p.259. Vedi anche, *supra*, considerazioni introduttive, §2.

assimila al dolo *strictu sensu* inteso un titolo di imputazione soggettiva basato su qualcosa di differente dalla volontà in senso proprio[439]. Tale tendenza è dimostrabile facendo riferimento da una vasta pluralità di sentenze a loro volta passibili di bipartizione; così da un lato si collocano tutti quei pronunciamenti in cui, stanti le difficoltà probatorie, si dilata il dolo eventuale a ipotesi che ove correttamente ricostruite non ne presenterebbero gli estremi, imputando al soggetto conseguenze meramente precognizabili sul presupposto che – in base a puri schemi presuntivi – egli avrebbe dovuto prevederle. In tali casi si finisce con l'estromettere il rilievo della volontà dalla sfera del penalmente rilevante, alimentando, così, la sensazione che il *versari in re illecita* venga adottato quale criterio unificante di imputazione[440]e che, sotto il profilo probatorio, sia possibile il riscontrare una sorta il dolo eventuale *in re ipsa*[441].

Sullo stesso versante, per quanto attiene al secondo lato della bipartizione premessa, accanto alle sentenze indicate ne risultano altre nelle quali l'imputazione del medesimo evento a soggetti diversi viene operata ora a titolo di dolo eventuale ora a titolo di colpa cosciente, sulla base della personalità del reo. Quest'ultima, così, anziché svolgere un'utile funzione in tema di determinazione della pena ai sensi dell'articolo 133 c.p., viene ad essere

439 Così, ancora G. FORNASARI *op.loc.cit.*

440 In tal senso, L. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo*: *confusioni tra dolo eventuale e colpa*, in *Riv.it. dir.proc.pen.,* 1987 p.1076; e cfr., G. BRAMANTE, *op.cit.,* p.734. Per un'indicazione in concreto di alcuni pronunciamenti di tal fatta si possono consultare le sentenze Cass., Sez. I pen., 25 maggio 1981, in *Cass.Pen.,* 1982, p.1325, descrivente (in tema di tentato omicidio) il caso di chi, per sfuggire all'arresto, si faccia scudo di un ostaggio, rappresentandosi l'eventualità che questo venga colpito a morte dalla reazione delle forze dell'ordine – in tal caso, infatti, l'evento morte è stato imputato al fuggitivo a titolo di dolo eventuale –; oppure la sentenza Cass., Sez. II pen., 21 dicembre 1981, in *Cass.Pen.,* 1985, p.1325 dove, in tema di ricettazione, si è riscontrato il dolo eventuale quando all'acquirente si presenti sia la probabilità che la cosa sia di provenienza illecita, che quella che sia di provenienza lecita. A detta dell'ultimo autore citato, in questi casi, anziché riconoscere l'esistenza del dolo eventuale ove vi sia la concreta previsione della conseguenza ulteriore e la successiva accettazione del rischio, la volontà viene ad essere ridotta a semplice previsione che essendo desunta da circostanze oggettive viene poi ad essere a sua volta costruita in termini di pura prevedibilità. Si addiviene pertanto all'equazione per cui il dolo eventuale è uguale alla prevedibilità; equazione che denota un *modus operandi* in cui si tende a presumere la presunzione stessa della conseguenza ulteriore, argomentando in termini di dover essere e non di essere, andando alla ricerca di quello che avrebbe dovuto essere il comportamento dell'agente anziché tentare di ricostruire quello materialmente verificatosi.

441 L'uso del termine *dolus in re ipsa* è qui riproposto in un significato parzialmente analogo a F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* (*osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*), Milano, 1960, pp.3 ss. L'Autore in particolare si riferisce a quelle situazioni probatorie di svalutazione della rilevanza soggettiva dell'elemento psicologico con riferimento alla concezione personalistica della responsabilità penale specie in quei casi in cui la costruzione delle fattispecie denota la presenza di fattispecie soggettivamente orientate: quelle fattispecie, cioè, in cui la consistente univocità soggettiva renderebbe evidente la sussistenza anche della componente psicologica. In questa sede, con il termine *dolus in re ipsa* si fa dunque più genericamente riferimento ad una qualsiasi pratica elusiva della prova del dolo consistente nel ricavare il medesimo da componenti di rischio o di pericolosità della condotta o, ancora dalla direzione illecita in cui essa converge. In tal senso cfr.: G. FORTE, *Il dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità, op.loc.cit.*, p.826. Vedi poi *infra*, cap.III°, §3°, per una più approfondita analisi della tematica dell'accertamento.

posta a fondamento del titolo di responsabilità, quasi si fosse di fronte ad una sorta di dolo d'autore[442].

Tali pronunciamenti dimostrano in modo inequivoco come il dolo eventuale sia stato impostato in modo da essere funzionale all'esigenza di non lasciare esenti da pena (qualora non sia prevista la punibilità del fatto nella forma colposa) o seguiti da una pena troppo lieve (quando invece si abbia tale previsione), comportamenti socialmente rischiosi e potenzialmente idonei a ledere importanti beni giuridici, contro i quali non possa essere ravvisata una diretta volontà offensiva. Il ritenere tale volontà non strettamente necessaria in quanto sostituibile con la consapevolezza del rischio, mostra pertanto come esso si sia configurato come un utile espediente per soddisfare istanze repressive evidentemente molto avvertite[443].

Tornando all'iniziale discorso del ripensamento della categoria concettuale va rilevato come, sulla linea della sfiducia verso le preesistenti ricostruzioni si collochino altresì le pressioni di chi reputerebbe opportuno che il legislatore intervenisse per definire espressamente[444] tutti gli estremi del dolo eventuale onde porre fine alle attuali incertezze. A

[442] Ancora G. BRAMANTE, *op.cit.,* p.735 che indica ad esempio di tale ulteriore disfunzione le più risalenti sentenze Cass., Sez. I pen., 30 aprile 1976, in *Giust.Pen*., 1977, vol.II°, p.263 (disciplinante il caso del soggetto che per sfuggire all'inseguimento della P.S. aveva esploso dei colpi di arma da fuoco contro di loro), e la sentenza Cass., Sez. I pen., 24 novembre1976, in *Cass.Pen*., 1977, p.1124 (disciplinante un caso sostanzialmente analogo consistente nella medesima condotta realizzata da un delinquente in fuga) e la sentenza Cass., Sez. I pen., 17 dicembre 1971 (disciplinante un caso avente ad oggetto la medesima condotta, ma questa volta realizzata da parte di un guardiacaccia nell'adempimento delle proprie funzioni di polizia; sottolineando come stante la perfetta identità della condotta nei primi due casi si fosse riscontrato il dolo eventuale mentre nell'ultimo la colpa cosciente. Sulla stessa posizione sostanziale V. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, p.3 e pp.122 ss.; e S. CANESTRARI, *op.loc.cit.* Vedi poi *infra*, cap.III°, §3.

[443] In riferimento alla possibile sostituzione della piena volontà con la consapevolezza del rischio, va tuttavia rammentato come larghe frangie della dottrina tra le quali in particolare A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, *op.loc.cit.* 1991, pp.117 ss.; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, *op.cit.*, pp.175 ss., ritengono contrariamente all'impostazione illustrata, che un tale risultato interpretativo sia raggiungibile già sulla base dell'attuale assetto normativo in tema di dolo. Essi, infatti, argomentano tale posizione asserendo che, essendo quello di dolo un concetto foggiato in modo da rispondere alle esigenze del diritto (*id est* un concetto normativo), esso può riferirsi come volontà anche all'atteggiamento del soggetto che si rappresenta il verificarsi dell'evento come conseguenza accessoria della propria condotta; sempre che sia accompagnato da una manifestazione di disprezzo verso il bene che viene ad essere offeso.

[444] Auspici di tal fatta sono rinvenibili gia dal 1992. La proposta di "*formulare il concetto di dolo in maniera tale che esso sia comprensivo anche del dolo eventuale*" è, infatti, contenuta nell'articolo 12 dello schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale elaborato dal professore A. PAGLIARO, consultabile in *Documenti Giustizia*, 1992, n°3, anche se poi rimasta lettera morta. Volendo per completezza indicare una tra le varie formulazioni proposte dalla più recente dottrina può citarsi tra i tanti S. PROSDOCIMI, *Voce reato doloso*, *op.cit.*, p.244, che sottolinea che qualora, pertanto, *de jure condendo*, il legislatore decidesse di introdurre un'espressa definizione del dolo eventuale (così come è vivamente auspicabile avvenga), la definizione potrebbe essere formulata nei seguenti termini: "*Si ha dolo eventuale allorquando l'accettazione del rischio di realizzare la fattispecie si traduce in deliberata accettazione del fatto, considerato quale potenziale prezzo di un risultato*

queste si aggiungono ulteriormente le recenti e pur sommesse aperture verso prospettive di riforma tese ad unificare le cornici edittali e gli accadimenti materiali, attinenti alle forme del dolo eventuale e della colpa cosciente, sull'esempio della *recklessness* anglo–americana[445]. Non è dunque affatto priva di fondamento la proposta di ripensare la suddivisione tra le forme di imputazione soggettiva adottando, in luogo della classica bipartizione tra dolo (intenzionale, diretto ed eventuale) e colpa (cosciente ed incosciente), una tripartizione in cui, tra gli estremi costituiti dal dolo (solo intenzionale o diretto) e della colpa (solo incosciente), si aggiunga una terza figura, a livello intermedio, di così detta "*responsabilità da rischio*"; all'interno della quale il diverso atteggiamento psicologico dell'autore, che oggi vincola la difficile collocazione nel dolo o nella colpa, abbia solo l'effetto di condizionamento sulla scelta commisurativa della pena[446].

Quale che sia in futuro l'orientamento che verrà ad essere seguito dal legislatore ciò che preme è che il suo intervento sia il più possibile tempestivo perché, è ben evidente, come il senso di inadeguatezza del penalista di fronte all'opera di individuazione delle aree di pertinenza del *dolus eventualis* e della colpa cosciente, appaia destinato comunque ad aumentare.

I clamori della cronaca, infatti, rivelano in maniera lampante la proliferazione di fenomenologie di pericolo connesse a comportamenti devianti (– sfide automobilistiche, scommesse su condotte di guida gravemente difformi dal regolamento del codice della strada,

---

intenzionalmente perseguito". Certo è che il problema che coinvolge la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente è un problema che sta molto caro al legislatore italiano; lo dimostra il fatto che uno dei progetti più recenti di riforma del codice penale, il cosiddetto "Progetto Grosso", (consultabile nella Relazione della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m., 1 ottobre 1998, in *Riv.it.dir.proc.pen*, 1999, p.603 ss.) pone come fulcro della riforma della colpevolezza dolosa l'individuazione del concetto di dolo eventuale. Vedi anche, *supra*, considerazioni introduttive, §2, e *quivi*, nota n°40.

[445] In tal senso, cfr., S. CANESTRARI, *op.cit*., p.906 che a sua volta rimanda in nota n°3 ad V. ANGIONI, *Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, in *AA. VV*., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola*, Torino, 1998, p.194; e a A. MELCHIONDA, *Definizioni normative e riforma del codice penale (spunti per una rinnovata riflessione sul tema)*, in *Omnis definitio jure pericolosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 1996, p.428. Per più ampi riferimenti bibliografici vedi anche, *supra*, considerazioni introduttive, §2.

[446] Per una proposta in tal senso, che troverebbe tra l'altro spunto in analoghi istituti del diritto inglese e francese (vedi *infra*), M. DONINI, *Teoria del reato, un introduzione*, 1996, Padova, p.329; F. CURI, *L'istituto della recklessess*, 1998, pp.1006 s.; e, in termini problematici, V. ANGIONI, *op.cit*., 1998, p.194; A. MELCHIONDA, *op.cit*., 1996, p.428; G. FORTE, *Il dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, *op.loc.cit., passim*; ID, *Ai confini tra dolo e colpa.*, *op.loc.cit.*, pp.276 ss, e da ultimo L. EUSEBI, *Confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, p.1089, in nota n°102; per una critica sul punto CANESTRARI V., *op.cit.*, pp.279 ss. S. CANESTRARI, *op.loc.cit*., 2001, pp.938 ss.; G. DE FRANCESCO, *Prospettive di riforma del sistema penale e nuove tipologie sanzionatorie*, Erice-Palermo, 18/21 novembre 1999, in *Indice penale*, 2000, p.1010.

lancio di sassi dai cavalcavia – attività ludico/sportive violente e non riconosciute da organi competenti – impiego di sostanze chimiche e medicinali, privo di adeguati controlli, nel campo della produzione industriale e della sperimentazione sanitaria – contagio da malattie sessualmente trasmissibili, in particolare da virus H.I.V.[447]) che vengono realizzati nell'ambito di contesti a rischio di base consentito, talvolta persino disciplinati dall'ordinamento giuridico[448], rendendo oggi più che mai, quella attuale, una *società del rischio*[449].

- 2) <u>Alla ricerca dell'elemento caratterizzante del dolo eventuale, il ruolo dell'articolo 43 c.p. nella definizione del medesimo</u>.

Come già antecedentemente sottolineato,[450] qualunque discorso attinente al dolo non può che prendere le mosse dall'analisi del referente normativo; và così rammentato come il nostro codice penale non definisca il dolo eventuale, ma, più in generale, il delitto doloso[451] che, ex articolo 43, comma 1°, c.p., si ha "[…] quando l'evento dannoso o pericoloso che è il risultato dell'azione e od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione".

[447] Per quanto attiene al contagio da H.I.V., limitando l'attenzione alla sola dottrina italiana, possono essere consultati per più consistenti approfondimenti A. MAGLIONA, *Contagio da H.I.V./AIDS, per via sessuale, alcuni spunti di riflessione medico legale*, in *Dir.pen.proc.*, 2000, p.1525; A. CASTALDO, *AIDS e diritto penale: tra dogmatica e politica criminale*, in *Studi urbinati*, 1988-1989/ 1989-1990, pp.38 ss.; E. NICOSIA, *Contagio da H.I.V. tra marito e moglie, omicidio doloso,* commento a sentenza Trib. Cremona, 14/ottobre/1999, in *Foro it*., 2000, vol.II°, pp.348 ss.; S. SUMMERER, *Contagio sessuale da virus H.I.V. e responsabilità penale dell'AIDS-carrier*, in *Riv.it.dir.proc.pen*, 2001, p.299; CANOCCHIA, *Profili di responsabilità per contagio da H.I.V.*, in *AA. VV., Diritto penale lineamenti di parte speciale*, Bologna, 1998, p.230; V. CANESTRARI, *op.ult.cit*., p.151 ss. R. RIZ, *op.cit.*, p.260, che proponendo così un interessante parallelo con il contagio da H.I.V., rammenta come nel codice Rocco fosse presente all'articolo 554, comma 1° e 2°, il reato di "*contagio di sifilide o blenorragia*" ora abrogato (L. n°194/1978.). Nei primi due commi era prevista, infatti, la punibilità del fatto a titolo di dolo eventuale.

[448] In tal senso, S. CANESTRARI; *op.cit*. p.207. L'autore in argomento indica inoltre l'espansione del rimprovero criminale nella legislazione complementare in materia economica, tramite un'autentica irruzione della figura del dolo eventuale (specie nel diritto penale societario e fallimentare) caratterizzata da un progressivo ed insidioso levigarsi anche della distinzione dogmatica tra dolo e colpa. Al Medesimo si può inoltre utilmente rinviare per un'approfondita analisi delle nuove fenomenologie del rischio (pp.231 ss.) tra le quali viene ad essere compreso il caso dei genitori Testimoni di Geova che omettano volontariamente di sottoporre i figli malati a terapie emotrasfusionali (pp.246 ss.).

[449] Così, cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, p.IX, e 3 ss.

[450] Vedi *supra*, cap.II°, §1.

[451] Così, cfr., GALLO M., *Appunti di diritto penale, op.cit*., p.15. Vedi anche *supra*, cap.II°, §1.

Il dolo eventuale è cosi venuto ad evolversi come una di quelle forme di dolo, i cui contenuti e la cui struttura sono, in sostanza, il frutto dell'elaborazione dottrinaria[452] sviluppatasi nell'ambito della definizione concettuale fatta propria dal legislatore[453]. Ciò vuol dire che all'interno della medesima è possibile individuare una vasta congerie di categorie o specie, distinte, fondamentalmente, in base a due criteri differenziatori, l'uno fondato sulla ricognizione della direzione della volontà del reo, e l'altro, sul grado di probabilità dell'evento nella previsione del medesimo soggetto.

Allo stato attuale, come già più volte ricordato, è da ritenersi nettamente dominante in dottrina e giurisprudenza la tripartizione tra dolo intenzionale (o diretto di primo grado), dolo diretto (o dolo diretto di secondo grado) e dolo eventuale (o indiretto)[454]. Secondo tale impostazione, il dolo intenzionale si ha quando il soggetto persegue come suo obiettivo, proprio la realizzazione della condotta criminosa (nei rati di mera condotta), o la produzione dell'evento (nei reati d'evento). Tanto nel caso del dolo diretto che nel caso del dolo eventuale, invece, la verificazione dell'evento – o l'integrazione della fattispecie criminosa – non sono l'oggetto della volontà diretta dell'agente; qui, quest'ultimo, punta infatti ad un obiettivo diverso pur rappresentandosi che – ponendo in essere il comportamento volto al conseguimento del fine preventivato – è certo, probabile, ovvero anche solo possibile[455], che si verifichino uno o più eventi collaterali non desiderati o si integri, comunque, una fattispecie di reato.

---

[452] Vedi *supra*, cap.III°, §1. Sullo stesso punto E. MORSELLI, *L'elemento soggettivo del reato nella prospettiva criminologica*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1991, p.103. L'Autore, dopo aver citato – oltre al dolo eventuale – come altre figure di matrice dottrinaria anche il dolo omissivo, il dolo diretto e la colpa impropria, conclude discutibilmente che una definizione di dolo nel codice penale non è solo inesistente, ma non è neanche necessaria.

[453] Per quanto attiene al dolo eventuale, infatti, (come già antecedentemente sottolineato *supra*, cap.II°, §1, nota n°17) è chiaramente riscontrabile sin dai lavori preparatori, che il codificatore si astenne deliberatamente dall'assolvere l'arduo compito definitorio rimettendolo all'elaborazione giurisprudenziale. Ed è proprio l'assenza di una specifica formula legislativa a rendere più difficoltoso il compiere un'attenta analisi partendo dai dati normativi. In tal senso G. LATTANZI – E. LUPO, *Rassegna*, *op.cit*., 2000, p.193; L. GRASSO – M. ROBERTI, *Dolo eventuale e minore età*, in *Cass.Pen*., 1987, p.847.

[454] Vedi *supra*, Considerazioni introduttive, §1, nota n°1, cap.II°, §4°; cap.III°, §1°. Accanto alla citata tripartizione si collocano, tuttavia, molteplici differenti suddivisioni in particolare quella *bipartita (tra dolo intenzionale o diretto da un lato e dolo eventuale o indiretto dall'altro),* proposta da F. MANTOVANI, *op.cit.*, p.320, quella *quadripartita* (dolo intenzionale, diretto, indiretto, eventuale) sostenuta da PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis, op.cit*., pp.132 ss.; oppure ancora quella edificata *sulla base di criteri quantitativo-probabilistici* elaborata in particolare da M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol.I°, Milano, 1995, p. 410, cap.II°, §1, p.30, ed *ivi* nota n°2.

[455] Cassazione, Sez. I pen., 25 gennaio 1989, "Parrella", id, *Rep*. 1990, *Voce reato in genere*, n°32.

In tale ottica, il dolo eventuale verrebbe a differenziarsi dal dolo diretto innanzitutto in base ad un diverso grado di probabilità di verificazione dell'evento collaterale; infatti, perché si abbia dolo diretto, si richiede che la verificazione dell'evento collaterale sia certa o pressoché certa, mentre per il dolo eventuale si ritiene essere sufficiente che essa sia anche solo possibile o non improbabile[456].

Ciò detto, quali che siano i contenuti strutturali e le connotazioni caratterizzanti che la dottrina e la giurisprudenza vogliano attribuire alle varie forme assumibili dal dolo, ciò che maggiormente rileva, per un analisi condotta in ottica principalmente normativa, è che il codice penale italiano abbia optato per una concezione del dolo come volontà e rappresentazione attribuendo alla volontà un ruolo di predominanza[457]. Ed infatti il codicista – pur negli indicati limiti di formulazione dell'articolo 43 c.p.[458] – incentra l'essenza del medesimo titolo d'imputazione in un atteggiamento psichico, la volontà appunto, che descrive la massima adesione personale dell'agente al suo fatto. La conferma di ciò può essere tratta, d'altronde, argomentando in negativo dalla definizione di colpa[459] contenuta nel comma 3° dello stesso articolo 43 c.p., dove il rimprovero per colpa è edificato sull'assenza della volontà e sulla violazione – negligente, imprudente ed imperita – dei canoni di diligenza preposti al mantenimento del rischio, insito nell'agire umano, al di sotto del livello di tollerabilità[460].

---

[456] Una veduta d'insieme sostanzialmente similare può rinvenirsi, tra gli altri, anche in P. VENEZIANI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium juris*, 2001, p.70. In argomento la giurisprudenza delle sezioni unite della Suprema corte (Cass. pen., SS. UU. 14 febbraio 1996, "*Mele*", id, *Rep*. 1996, *Voce reato in generale*, n° 36) ha sottolineato che "[…]*sussiste il dolo eventuale quando l'agente, ponendo in essere una condotta diretta ad altri scopi si rappresenta la concreta possibilità del verificarsi d'ulteriori conseguenze della propria azione e nonostante ciò agisce accettando il rischio di cagionarle. Quando, invece, l'ulteriore accadimento si presenta all'agente come probabile, non si può ritenere che egli, agendo, si sia limitato ad accettare il rischio ma che accettando l'evento lo abbia voluto, sicché in tal caso l'elemento psicologico si configura nella forma del dolo diretto e non in quella del dolo eventuale*."

[457] Vedi *supra*, cap.II°, §2. Sul punto, inoltre: G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*., p.316; R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, *op.cit*., p.255; C. F GROSSO., *op.cit.*, p.7; G. LATTANZI – E. LUPO, *Codice penale*, *op.cit*., p.193; M. DONINI, *Teoria del reato*, *op.cit*., p.318 s.

[458] Vedi *supra*, cap.II°, §1.

[459] In tal senso G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp.117 s., il quale sottolinea *ivi* testualmente che "[…] *la definizione in negativo della colpa presente nel primo inciso dell'articolo 43, 3° comma, del c.p., mira a precisare la posizione di quest'ultima rispetto al dolo*".

[460] Cfr., in tal senso G. FORTE, *Dolo eventuale, tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, *op.cit.*, p.830, il quale sottolinea come sia molto diffusa nella dottrina l'opinione secondo cui la funzione delle norme cautelari, sia quella di determinare le modalità di condotta cui deve attenersi l'agente allo scopo di evitare che la sua azione materiale concretizzi in lesione il rischio in essa insito. Sulla stessa posizione, cfr., G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza delle leggi*, Milano, 1965, p.216, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, pp.190 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, vol.I°, Padova, 1993, p.187; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, *op.cit*., p.353; A. PAGLIARO, *Fatto*,

Inoltre, poiché la previsione dell'evento è uno stato psicologico compatibile con il rimprovero per colpa[461], (l'assunto è confermato dall'articolo 43, comma 1°, c.p., – che indica come il delitto possa essere colposo ancorché l'evento sia preveduto dall'agente – e dall'articolo 61, n°3, c.p., che prevede come circostanza aggravante "*l'avere, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento*") ciò vuol dire che per poter muovere un rimprovero per dolo dovrà necessariamente potersi rinvenire un elemento ulteriore, elemento che è stato appunto identificato dal legislatore stesso con la volizione[462].

La centralità della componente volitiva è altresì dimostrata dalla circostanza che l'oggetto del dolo non è ravvisato nella semplice condotta[463] né, tantomeno, nel rischio di cagionare l'evento, quanto piuttosto nell'insieme di tutti quegli elementi richiesti per l'integrazione delle singole fattispecie di reato, *id est*, in ultima istanza, nel fatto tipico[464]. Ciò detto non si può non concludere che la forma base sulla quale debba elaborarsi ogni altra forma e manifestazione dell'agire doloso vada necessariamente individuata nel dolo intenzionale[465], senza tuttavia che ciò significhi che debbano essere punite a titolo di dolo, solamente quelle attività criminali caratterizzate dall'intenzionalità; infatti, qualora una linea interpretativa così estremizzante trovasse applicazione nella prassi giudiziaria, si produrrebbe la completa paralisi del sistema penale punitivo, con conseguente frustrazione di fondamentali

---

condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.632; e ancora G. FORTI, *op.ult.cit*., p.469.

[461] Ciò, ovviamente, solo nel caso in cui si configuri la possibilità del verificarsi del risultato. Infatti, qualora l'agente realizzasse una previsione in termini di certezza o di alta probabilità, il problema della sussistenza del dolo non si porrebbe affatto, perché potrebbe affermarsi che è voluto sia il risultato direttamente voluto che quello non voluto, ma previsto come certo. In tal senso, cfr., L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, *op.cit.*, p.56.

[462] Lo stesso Arturo Rocco dichiarò, infatti, che, nel contesto della dicotomia tra teoria della volontà e teoria della rappresentazione, la scelta legislativa era ricaduta sulla prima con la conseguenza che l'evento non dovesse essere solo previsto ma voluto. Così, G. LICCI, *Il dolo eventuale*, *op.cit*., p.1499. Per ulteriori approfondimenti vedi, *infra*, cap.III°, §6.

[463] E' riconducibile al pensiero di R. Von FRANK (*Vorstellung und Wille in der modernen doluslehre*, in *ZStW*, 1890, pp.169 ss.) l'opinione, oramai superata, secondo cui solo la condotta può essere oggetto di reale volontà, poiché le conseguenze ulteriori sarebbero oggetto solamente di rappresentazione allo stesso modo delle circostanze preesistenti e concomitanti alla condotta. Sul punto più diffusamente *infra*, cap.III°, § 3; per la teoria della rappresentazione *supra*, cap.II°, §2, e cap.I°, §9.

[464] Vedi, *supra*, cap.II°, §3. Per una ricostruzione similare per tutti G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*., p.322; e T. PADOVANI, *op.cit.*, p.257. Contro la medesima dottrina si collocano invece, su diverse angolature, A. PAGLIARO, o*p.cit.*, p.287; S. PROSDOCIMI, *op.cit*., p.239; G. MARINI, *op.cit*., p.458, e C. F. GROSSO, *op.cit.*, p.2.

[465] In tal senso L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, *op.cit*., p.176. L'Autore ritiene, infatti, che l'individuazione di qualsiasi delle forme del dolo, *ivi* compresa quella eventuale, debba effettuarsi su parametri tanto rigorosi quanto strettamente riferiti al modello dell'intenzionalità.

esigenze di prevenzione. Che nel dolo la volontà sia richiesta sempre, anche se a volte senza una palese connotazione esterna è, dunque, di chiara evidenza. Ove si prescindesse da un elemento così fortemente caratterizzante, per estendere il titolo di imputazione dolosa a casistiche che non comprendono un autentica volizione, si finirebbe, infatti, con il non rispettare i connotati tipici della fattispecie legale in oggetto, con palese violazione del principio di legalità, costituzionalmente garantito dall'articolo 25, comma 2°, della Carta Costituzionale e sancito legislativamente dall'articolo 1 c.p.[466] Pertanto quei coefficienti psicologici che difettano di un autentico momento volitivo o, ancora, quelle condotte all'apparenza dolose su cui il giudice è chiamato a giudicare, ma delle quali non è poi in grado di fornire una piena prova, non possono ritenersi dolo, potendo al più qualificarsi come colpa qualora sia riscontrabile la violazione di regole di diligenza[467].

Emerge dunque, in maniera inequivoca, come la definizione contenuta nell'articolo 43, comma 3°, c.p. debba essere necessariamente considerata portatrice di un autentico significato di disciplina dove impone che ciò che contrassegna il dolo è, appunto, la volizione. Infatti, pur essendo accertato che la disposizione in esame sia stata il frutto di un vero e proprio compromesso volto a conciliare la teoria della rappresentazione con quella della volontà[468], ciò non deve indurre, in nessun caso, a ritenere legittimi quegli orientamenti – presenti tanto nell'elaborazione scientifica che nella prassi giurisprudenziale – secondo i quali il suddetto vizio di nascita dell'articolo 43 c.p., venga a comportare, per gli interpreti, la diminuzione, o la completa assenza, di un'autentica efficacia vincolante e precettiva della norma in esame[469].

---

[466] Così G. FORTE, *Il dolo eventuale tra divieto d'interpretazione analogica ed incostituzionalità, op.cit*., p.832; M. DONINI, *Teoria, op.cit*., p.325; G. GRASSO, *Controllo sulla corrispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur.cost*., 1981, p.806; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol.°, Milano, 1999, pp.99 ss.

[467] Ancora G. FORTE, *Il dolo eventuale, op. e loc.ult.cit., passim*, ed in particolare p.833. Per un più ampio approfondimento della tesi che avanza la supposta incostituzionalità dell'applicazione analogica dell'articolo 43 c.p. a fattispecie caratterizzate da una composizione volontaristica deminuta, e della tesi secondo la quale il dolo eventuale sarebbe direttamente riconducibile alla colpa cosciente, si rinvia ad *infra*, cap.III°, §6.

[468] In tal senso G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*., p.315 e 191 ss.; C. F. GROSSO, *op.cit*., p.15; M. GALLO, appunti, *op.cit*., p.14; A. DE MARSICO, *op.cit*., p.15 ss.; E. MORSELLI, *op.cit.*, p.406; W. HASSEMER, *op.cit*., p.401; L. EUSEBI, *op.cit*., pp.123 ss.; S. PROSDOCIMI, *op.cit.*, p.235; A. PAGLIARO, *op.cit.*, p. 272; F. ANTOLISEI, *op.cit*., p.348.

[469] Nella letteratura italiana più recente su tale linea di attribuire una rinnovata attenzione nello studio del dolo eventuale alla componente normativa si collocano tra gli altri: G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.cit.*, pp.147 ss.; G. FORTE, *Il dolo eventuale, op.cit*., pp.913 ss.; ID *Ai confini tra dolo e colpa, op.cit., passim*; e, non senza accenti critici, S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis., op.cit.*, pp.75 ss; Và inoltre sottolineato come non manchino quanti hanno cercato di conciliare comunque l'elaborazione del concetto

Giunti a tal punto della trattazione, va segnalato come la problematica sia ben più complessa di quanto non appaia *ictu oculi.* La già consistente complessità dell'analisi, infatti, s'implementa ulteriormente nel momento in cui si sposta l'attenzione sul ruolo svolto dal referente normativo nell'individuazione del margine minimo del dolo oltre il quale ogni agire illecito non può essere rimproverato che a titolo di colpa. La dissertazione è poi resa ancora più ostica dalle difficoltà probatorie correlate all'accertamento dell'elemento psicologico del reato, difficoltà che emergono dal campo processuale e finiscono poi, a loro volta, con il ripercuotersi nell'ambito sostanziale determinando difficoltà in ordine alla stessa comprensione dell'esatta dimensione del dolo. Per questo, è per l'appunto nell'analisi di tali tematiche, che la nostra trattazione deve trovare il suo *contimuum* fisiologico.

- 3) La prova del dolo eventuale nella prassi applicativa.

Un primo passo da compiersi nella nostra analisi è sicuramente costituito dall'approfondimento della tematica della prova del dolo. Poiché il medesimo è contraddistinto dalla volizione, che, come detto, è una realtà attinente al foro interiore dell'agente, risulta notevolmente difficoltoso – se non talvolta impossibile – provare, con i mezzi a disposizione delle parti nel processo penale, i complessi meccanismi psicologici che caratterizzano una volontà che sia volta alla realizzazione di un fatto di reato[470]. Tali difficoltà si incrementano notevolmente quando a doversi accertare è il dolo eventuale[471]; di qui si spiega l'individuazione di quelle che a detta di molti interpreti sono definite con il chiaro epiteto di "scorciatoie probatorie". Tali metodologie – a scapito dell'accezione negativa fornitane dai critici – risultano, invece, senz'altro legittime quando consistono nella

dottrinale di dolo con la definizione di cui all'articolo 43,comma 1°, c.p., osservando che in realtà chi persegue un determinato risultato, diverso da quello che costituisce l'evento del reato, in realtà vuole anche le conseguenze connesse in maniera certa, probabile o possibile alla condotta posta in essere. Così in particolare M. GALLO, *Voce dolo, op.loc.cit.,* p.767. *Contra*: C. F. GROSSO, *Voce dolo, op. e loc.cit.,* p.7, che sottolinea come sia evidente che il termine "volontà" nell'accezione in cui è utilizzato dal precedente autore è un'espressione ellittica, utilizzata per esprimere che è giusto che la persona che ha agito nonostante la percezione delle conseguenze dannose certe, probabili o possibili della sua condotta volontaria sia trattata come se le avesse cagionate intenzionalmente.

[470] Vedi, *supra*, cap.II°, §5.

[471] Per più ampi riferimenti, *supra*, cap.II°, §5 e §6.

teorizzazione e nell'utilizzazione di regole di esperienza[472] idonee ad argomentare, con sufficiente grado di certezza, l'esistenza del dolo pur se ricostruendolo da dati sintomatici.

Se il ricorso a massime di esperienza appare dunque legittimo, perché senza di esse la prova del dolo diverrebbe una probatio diabolica[473], le medesime vanno tuttavia utilizzate con grande accortezza potendosi spesso configurare come pericolose forme di confine con inammissibili prassi di pura e semplice presunzione. Non sono infrequenti, infatti, i casi in cui – per un imperdonabile errore o per una disinvolta e deliberata volontà dell'organo giudicante – venga ad esser fatta rivivere la non nuova pratica del ritener provato il dolo (ed in particolar modo quello eventuale), allorché la complessità del caso concreto o, al contrario, la sua estrema semplicità, inducano a ritenerlo sussistente in base a passaggi logici anticipatamente calcolabili.

A questo si aggiunge poi il frequente concentrarsi dei giudici verso la mera rappresentazione in virtù del fatto che questa si presta, assai più del volere, a semplificazioni probatorie, in virtù della sua maggiore riconducibilità ad indizi esteriori materialmente accertabili[474] . In tale ottica qualora si ritenesse sussistente il dolo nella forma eventuale pur non essendo riusciti a raggiungerne la piena prova, si verrebbe – come gia detto – a

[472] L'ammissibilità dell'utilizzo ai fini probatori delle massime di esperienza per superare le difficoltà di accertamento del dolo, è comunemente accolta tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza – Nella scienza giuridica possono essere consultati tra gli altri M. GALLO, *Voce dolo, op.cit.,* p.802; G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit.,* p.334; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà, op.cit*., p.116; C. F. GROSSO, *Voce dolo, op.loc.cit.,* p.10; S. PROSDOCIMI, *Voce reato doloso, op.loc.cit.,* p.258; per la giurisprudenza si veda oltre a S. TASSI, *Il dolo, op.cit.,* p.145 ss; M. MASSA, *Contributo all'analisi del processo penale di primo grado*, Milano, 1976, *passim*; nonché DE SIMONE, *L'elemento soggettivo del reato: il dolo*, in F. BRICOLA – G. ZAGREBLESKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1996, pp.483 ss. Cass., Sez. I pen., 24 giugno 1991, in *Giust. Pen*., 1992, vol.II°, p.134; *Cass.*, Sez. I pen., 27 novembre 1991, in *Cass.Pen.*, 1993, p.313; *Cass*., Sez. I pen, 18 novembre 1987, ivi, 1989, p.1243; *Cass.*, Sez. II pen., 22 gennaio 1985, in *Giust.Pen*., 1986, vol.II°, p.31; *Cass.*, Sez. I pen., 26 gennaio 1985, *ivi* 1985, vol.II°, p.669. Un ulteriore luce in argomento può essere rinvenuta in M. GALLO, *op.loc.cit.,* p.751., che molto efficacemente ha spiegato il meccanismo induttivo attraverso cui il giudice dovrebbe desumere la sussistenza di coefficienti psicologici partendo da dati esteriori e facilmente riscontrabili, può dirsi che, "*per determinare insomma, se una persona abbia effettivamente voluto o previsto un possibile risultato della sua azione, sarà sempre necessario affidarsi ad una serie di regole di esperienza, la conformità alle quali, ove non sussistano circostanze che lascino ragionevolmente supporre una deviazione dal modo con cui di solito vanno le cose materiali ed umane, è sufficiente per ritenere dimostrato il fatto psicologico da provare*". Ciò sta a significare che l'esistenza della volizione o della rappresentazione può desumersi soltanto da circostanze esteriori che, normalmente costituiscono l'espressione, o accompagnano, o sono comunque collegate a quegli stati psicologici.

[473] In tal senso, ancora G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*., p.334.

[474] Sembra protendere per un tale soluzione probatoria: G. DE FRANCESCO, *op.loc.cit*., p.145 il quale ritiene che debba essere oggetto della prova l'effettiva rappresentazione del nesso causale. In altri termini l'Autore ritiene che si deve poter riscontrare la presenza di circostanze, dalle quali si possa desumere che l'agente si è effettivamente rappresentata la direzione eziologia della propria condotta verso l'evento tipico; oppure che testimonino come il suddetto si sia prefigurato determinati fattori impeditivi di tale nesso, tali da indurlo ad una valutazione erronea dello stesso. *Contra,* F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa, op.cit*., p.28. che ritiene, invece, che la prova della rappresentazione non semplifichi in nessun caso l'accertamento.

commutare il titolo di imputazione in oggetto in un autentico dolus in re ipsa edificato sulla mera pericolosità della condotta[475]; senza considerare che in tal modo, si finisce per attribuir valore, nell'analisi del dolo, ad elementi estranei alla dimensione volitiva ed anzi più direttamente appartenenti alla responsabilità colposa. Ciò comporta un'innaturale ipertrofia del dolo che finisce per produrre l'inevitabile dilatazione del medesimo a scapito della colpa.

Va inoltre sottolineato come non siano mancati quanti, partendo dalle possibili deviazioni indicate, abbiano ritenuto configurabile l'esistenza di un riscontro semplificato del dolo eventuale nei contesti *ab origine* illeciti[476]. Tale ricostruzione sembra affermare che affinché possa essere avanzato a carico dell'agente un rimprovero a titolo di dolo eventuale, sia necessario e sufficiente che, il medesimo, si sia effettivamente rappresentato l'evento nello svolgimento della condotta delittuosa. Si ritiene in proposito che nella maggior parte dei casi non si necessiterà di alcun altro ulteriore elemento, stante l'elevato livello di rischio, già di per sé insito in una condotta criminosa e, l'impossibilità di predisporre, in ambito delittuoso, sistemi di neutralizzazione del decorso causale del fatto di reato. I fattori indicati, infatti, non renderebbero in nessun caso configurabile una seria fiducia dell'agente, in ordine al non verificarsi dell'evento lesivo.

In conclusione sul punto, non può non rilevarsi come tale interpretazione finisca immancabilmente con il riproporre l'ottica del *versari in re illecita*[477], ottica che tra l'altro riecheggia anche in tutte quelle distinzioni tra dolo eventuale e colpa cosciente che si basano sulla natura oggettiva del rischio[478]. Così, ancora una volta, si ha l'impressione, che il dolo eventuale sia stato troppo spesso utilizzato, anche a causa di evidenti esigenze repressive di politica giudiziaria, come mezzo di *extrema ratio* per considerare e reprimere come doloso ciò

---

[475] Condividono tale affermazione G. DE FRANCESCO, *op.loc.cit.*, p.145, F. MANTOVANI, *op.cit.*, p.332; e S. PROSDOCIMI, *voce dolo, op.cit*., p.244. Vedi poi, *supra*, cap.II°, §5°, e cap.III°, §1°.

[476] Si fa qui in particolar modo riferimento alle riflessioni sul tema elaborate da S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.cit.*, p.131.

[477] In tal senso G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa, op.cit*., p.234. Sul punto vedi pure, *supra*, cap.III°, §1.

[478] Si fa qui riferimento a quelle teorie (particolarmente nella dottrina di lingua tedesca per tutti basti il citare R. D. HERZBERG, *Die abgrenzung von Vorsatz und bewubt fahrlässigkeit – ein problem des objektiven Tatbestandes*, in *Jus*, 1986, pp.249 ss, come riportato da S. PROSDOCIMI, *op.cit*., p.9, ivi in nota n°9) che tentano di edificare il fondamento della teoria dell'accettazione del rischio sulla natura del rischio in se, piuttosto che sul modo di atteggiarsi dell'agente rispetto al rischio stesso. Proliferano in tale ambito le distinzioni tra rischio consentito e rischio non consentito, schermato o non schermato, lecito o illecito, volte a realizzare la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente sulla base di criteri di tipo tendenzialmente oggettivo. Per maggiori approfondimenti a riguardo si rinvia a G. DE FRANCESCO, *op.loc.cit.*, p.131, L. EUSEBI, *op.cit*., p.111; e S. PROSDOCIMI, *op.cit*., pp.19 ss. Vedi pure, *infra*, cap.III°, §5.

che, a scapito del clamore e dell'allarme sociale che ingenera[479], non si riesce tuttavia a provare come tale.

A rendere ancora più problematico l'assetto teorico attuale, ricomprendente nel dolo anche questa terza forma così poco pregnante, è la circostanza che, pur correndo tra dolo eventuale e colpa con previsione una linea di confine così poco ben delineata ed oggetto di digressioni giurisprudenziali motivate dalla contingenza di istanze repressive, la riconduzione di un determinato fatto all'una o all'altra categoria ha in realtà come conseguenza nella gran parte dei casi la punibilità o la non punibilità, laddove non vi sia previsione della fattispecie colposa. Va inoltre segnalato che anche laddove il fatto colposo sia punibile, la differenza di carico sanzionatorio è talvolta notevolissima: basti pensare al caso dell'omicidio ex articolo 575 c.p., (ventuno anni di reclusione come pena minima per il dolo e cinque anni come pena massima per la colpa aggravata) o delle lesioni personali gravissime disciplinate dall'articolo 583, punto 2°, cpv., (rispettivamente sei e due anni di reclusione).

A ciò va aggiunto che mentre, come si vedrà, la presenza della colpa cosciente (o con previsione) dà senz'altro luogo ad una circostanza aggravante che comporta un aumento di pena rispetto al caso di colpa incosciente, come già rilevato, lo stesso non vale per il dolo eventuale, in presenza del quale il giudice non è tenuto ad alcuna diminuzione della pena, potendone al limite tener conto, ai soli sensi dell'articolo133 c.p.,[480] che detta le regole per la commisurazione in concreto della pena, per orientare la sanzione da applicare verso i minimi edittali previsti dalla fattispecie.

Questa disposizione, infatti, indica al giudice l'intensità del dolo come parametro per dosare e commisurare la pena; va detto, comunque, che non è riscontrabile un necessario parallelismo tra dolo eventuale e minore intensità del dolo ma si tratta solamente di un dato tendenziale. Così vi è anche chi ritiene che, nonostante sia caratterizzato da un'innegabile *minus* di volontà rispetto alle altre forme dolose, l'influenza di altri fattori come ad esempio i

[479] Possono assumersi ad esempio di tali realtà i già citati casi di lancio di pietra dal cavalcavia, vedi Cass., Sez. I pen., 3 luglio 1966, in *G.dir*, n°41 p.75 con nota adesiva di C. MAINA; i casi di Testimoni di Geova che rifiutino di sottoporre i figli a terapie emo-trasfusionali come ad esempio nelle sentenza Corte di Assise di Cagliari, 10 marzo 1982, Foro It., 1983, vol.II°, p.27 ss., con nota di G. FIANDACA; Cass. Sez. I, 13 dicembre 1983, GC, 1986, vol.II°, Sez. I pen., p.3; Corte D'Assise d'appello do Roma, 30 luglio 1986, *Dir.Fam. e Pers*., 1986, p.1048, con nota di S. ARDIZZONE; o ancora, per rifarsi ad un vicenda di cronaca ancora più attuale, al cosiddetto caso "Marta Russo" sentenza della corte d'Assise di Roma, Sez. Pen., n°9, ottobre 1999. Ancora più vasti sono pronunciamenti giurisprudenziali rinvenibili in tema di contagio da H.I.V., per ulteriori riferimenti si rinvia quindi a *supra*, cap.III°, §1, nonché a S. CANESTRARI, *La definizione legale del dolo, op.cit*., pp.911 ss.

[480] Vedi *supra*, cap.II°, §4.

motivi a delinquere, possa far si che in certi casi il dolo eventuale non risulti meno grave del dolo intenzionale e di quello diretto[481].

Poiché da ultimo la tematica dell'accertamento viene notevolmente a variare a secondo del concetto base di dolo che si assume a fondamento delle proprie tesi, non resta che passare all'analisi dei vari criteri proposti per la distinzione del dolo eventuale dalla colpa cosciente[482].

-4) I criteri distintivi rispetto alla colpa cosciente nati in dottrina e giurisprudenza nell'ambito del dibattito tra teoria della volontà e teoria della rappresentazione.

Avendo già più volte sottolineato come la nozione di dolo eventuale sia stata oggetto di una costruzione in negativo rispetto alla figura complementare della colpa con previsione[483], l'analisi, a questo punto, non sarebbe esaustiva se non si prendesse in considerazione più da vicino la tematica della distinzione tra questi due criteri di imputazione, onde individuare quali siano i risultati cui è pervenuta la dottrina e la giurisprudenza.

Come noto, i profili di fondo attraverso cui la figura del dolo eventuale si è sviluppata assumendo la dimensione attribuitale dalla dottrina contemporanea, si articolano in un duplice ordine di dicotomie, attinenti, rispettivamente, all'interpretazione in senso forte o debole dell'articolo 43, comma 1°, c.p., e alla controversia tra dottrina della volontà e dottrina della rappresentazione[484]. Stante dunque la centrale importanza della disputa tra *Willenstheorie* e *Vorstellungstheorie* – i cui maggiori rappresentanti sono considerati rispettivamente *R. Von Hippel* e *R. Von Frank*[485] – prima di iniziare l'analisi delle varie teorie ricostruttive, giova,

[481] In tal senso si esprime S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit.,* pp.120-123. e G. FORNASARI, *op.loc.cit.,* p.173. Nonché, *supra*, cap.II°, §4.

[482] Per ulteriori riferimenti alla tematica dell'accertamento si rinvia a *supra*, cap.II°, §5 e §6.

[483] V. *supra*, cap.II°, §1.

[484] In tal senso, G. LICCI, *Dolo eventuale*, *op. loc.cit.*, p.151. Si guardi anche, *supra*, cap.I°, §9.

[485] Per la completa catalogazione degli studiosi rientranti nell'una e nell'altra scuola di pensiero vedi G. DE FRANCESCO, *op. loc.cit.*, p.118 ed *ivi* nota n°8.

ancora una volta[486], riassumere brevemente gli elementi portanti e le lacune principali di ciascuna delle due.

Il presupposto teorico della teoria della rappresentazione è di carattere schiettamente psicologico: l'oggetto della volontà è la mera attività fisica, mentre le conseguenze di questa possono essere dalla mente solo rappresentate[487]. Per contro, la teoria della volontà sottolinea come l'azione non sia che un mezzo preordinato ad uno scopo, individuando il risultato dell'agire come elemento ineliminabile del volere[488]. La teoria della rappresentazione e la teoria della volontà, dunque, si pongono in netta contrapposizione nell'individuare il concetto di dolo, essendo ciascuna di esse indissolubilmente ancorata alla propria posizione. Proprio nel distinguere tra dolo eventuale e colpa cosciente, tuttavia, le suddette hanno mostrato i propri rispettivi limiti e quindi la necessità di una reciproca integrazione. La prima si trova infatti in difficoltà nello spiegare come mai anche la colpa possa essere accompagnata dalla previsione dell'evento, non riuscendo ad individuare che cosa contraddistingua, allora, il dolo rispetto alla colpa, specie allorquando manchi la rappresentazione del sicuro verificarsi dell'evento. In questo senso si spiega come mai il criterio per l'individuazione del dolo eventuale elaborato dal maggior sostenitore della teoria della rappresentazione[489], pur poggiandosi sopra un momento rappresentativo e ricollegandosi ad una concezione del dolo come rappresentazione certa del fatto, non si esaurisce completamente in essa, richiedendo l'ulteriore accertamento che l'agente avrebbe agito ugualmente anche qualora avesse previsto come certo il realizzarsi dell'evento[490]. La seconda, invece, si trova parimenti in difficoltà nel momento in cui intende ascrivere al concetto di volontà conseguenze che l'agente non aveva

[486] V. *supra*, cap.II°, §2, e cap.III°, §2.

[487] In tale senso: R. Von FRANK, *Das Strafgesetzbuch fűr das deutch Reich*, 1926, pp.172 ss. Rilevano a riguardo G. BETTIOL, e L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale, op.cit.,* p.507, che l'espressione tedesca *Vorsatz*,derivante etimologicamente da *vor-setzen* (porre avanti), richiama l'idea di previsione, aprendo la strada a quella equazione fra dolo e rappresentazione che costituisce la sostanza di uno dei due orientamenti teorici in questione.

[488] Cosi: R. Von HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*,1903, p.93; e E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tűbingen, Mohr, 1906, p.194; e, ancora prima, M. Von BURI, *Die kausalitat und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885, p.27. Tutti già indicati in G. LICCI, *Il dolo, op.cit.,* p.1502.

[489] Si fa qui riferimento alla cosiddetta "*prima formula*" di R. Von FRANK. Per un maggior approfondimento si veda pure, infra, cap.III°, §4, nota 107.

[490] Su tale ricostruzione, S. PROSDOCIMI *Dolus eventualis, op.cit*. p.10.

intenzione di cagionare, e rispetto alle quali sembra mancare una piena volizione, tanto più se intesa in senso naturalistico[491].

Ciò detto deve in ogni modo tenersi presente che, in via approssimativa, alla teoria della rappresentazione sono ricollegati criteri che muovono dal grado di possibilità o probabilità del verificarsi dell'evento, e quindi dal livello di serietà e di concretezza del pericolo, ricollegato dall'agente alla propria condotta (teorie della probabilità e della possibilità). Alla teoria della volontà, invece, fanno capo criteri che si basano, in realtà, più che sulla volontà in senso dogmatico, su stati d'animo che coinvolgono la sfera dei desideri e delle speranze (ad esempio la teoria della operosa volontà di evitare e la teoria del consenso) [492].

Unità di vedute esiste dunque soltanto rispetto al momento conoscitivo del dolo eventuale: occorre, cioè, come requisito minimo, che l'agente preveda la concreta possibilità del verificarsi dell'evento lesivo[493]. Ciò basta ai fini della configurabilità del dolo eventuale? Rispondono in senso affermativo ***le teorie rappresentative, della probabilità e della possibilità***[494] che, senza richiedere alcun coefficiente volontaristico, ritengono sufficiente per

[491] In tal senso, M. GALLO, *Voce dolo, op. loc.cit*., p.97.

[492] In tal senso, ancora S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit*., p.11.

[493] Così, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit.*, p.330.

[494] In argomento precisa, infatti, A. DI LORENZO, *I limiti tra dolo e colpa, op.cit.*, p.50, che la differenza tra possibilità e probabilità è solo di carattere quantitativo essendo "*il probabile*" non altro che "*il possibile che normalmente avviene*". In riferimento a ciò M. GALLO, *Voce dolo, op.loc.cit*., p.791, sottolinea che se fosse vero che chi agisce malgrado la previsione dell'evento come probabile, dimostra una potenzialità criminosa più intensa di chi si raffigura una semplice possibilità, ciò proverebbe che ci si trova di fronte a "*differenze di graduazione e non di categoria*". Ed ancora, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.loc.ult.cit.*, precisa che la teoria della probabilità e una variante della teoria della possibilità, poiché la prima richiede che l'agente si rappresenti non solo come concretamente possibile, ma anche come probabile, il verificarsi dell'evento e ciononostante agisca ugualmente. La teoria della possibilità si pone dunque in termini più semplificati giacché, nel suo nucleo essenziale (per G. LICCI, *op.cit.*, p.1504, si fa con tale espressione riferimento ala versione primigenia della teoria in esame elaborata da B. SAUER, *Grund lagen des strafrechts*, 1921, p.609; e GROSSMANN, *Die granze von vorsatz un fahrlässingeit*, 1924, p.53) afferma che la punibilità a titolo di dolo eventuale deriva dalla rappresentazione della possibile verificazione dell'evento; la versione più evoluta di tale orientamento (Secondo G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.cit*., p.121 può farsi qui particolare riferimento all'opinione sostenuta nella dottrina tedesca da E. SCHMIDHÄUSER, *Zum begriff der bewussten fahlässigkeit*, in GA., 1957, p.313.) tenta di far leva sul tipo di conoscenza posseduta dal soggetto attivo distinguendo tra consapevolezza della pericolosità della propria condotta e consapevolezza puramente astratta della medesima. Si tratta di un'impostazione che è filtrata anche nella giurisprudenza attuale, sia pure in un contesto del tutto diverso, ossia nell'ambito della teoria dell'assunzione del rischio (vedi infra, §5°), ove la distinzione fra previsione astratta e concreta si riferisce, più esplicitamente, non soltanto alla connotazione della condotta e del contesto in cui essa si colloca, ma anche all'evento finale. Contro tale impostazione, è stato osservato che esistono ipotesi di colpa cosciente in cui il livello cognitivo, in ordine alla pericolosità concreta della propria condotta rispetto alla possibile o probabile verificazione dell'evento, è il medesimo del *dolus eventualis.* In tal senso si è espresso anche S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose, op.cit.*, pag.33 ss. Critiche a tale teoria sono state avanzate tra gli altri anche

la configurabilità del dolo eventuale, il fatto che l'agente abbia previsto il verificarsi dell'evento come conseguenza possibile – o più probabile – della propria condotta, rispetto al non verificarsi del medesimo. All'opposto si verserà nell'ambito della colpa cosciente allorché il soggetto attivo abbia considerato l'evento solo potenzialmente possibile, valutandone però più probabile – o più possibile – la non verificazione[495].

Tale criterio è sovente utilizzato dalla prassi giudiziaria anche contemporanea[496] pur se costantemente criticato dalla dottrina italiana, che continua coerentemente, nella sua componente maggioritaria, a ritenere che esso non offra nessun tipo di ausilio decisivo alla individuazione del dolo eventuale. Si deve tener presente, infatti, che ove l'agente agisca prevedendo come probabile o seriamente possibile il verificarsi dell'evento, e tuttavia corra tale serio rischio, egli versa, in realtà, in colpa cosciente nel momento in cui tale evento non sia effettivamente voluto, ma solo cagionato da negligenza[497]. Quand'anche, infatti, il criterio della probabilità risultasse idoneo a distinguere il dolo diretto dalla forma eventuale, esso non sarebbe poi in grado di distinguere quest'ultimo dalla colpa cosciente, essendo queste due figure accomunate dalla previsione positiva dell'evento. In tal modo la teoria della probabilità finisce con il limitare eccessivamente l'ambito della colpa e con il dilatare il concetto di dolo sino a riassorbire completamente le ipotesi di colpa cosciente, trovandosi così in contrasto stridente con il nostro diritto positivo, che disciplina espressamente tale figura[498] agli articoli

---

da C. ROXIN, che in *Zur abgrenzung von bedingtem vorsatz und bewusster fahrlässigkeit*, *Jus*, 1964, p.53, non esita a definirla come "*viziata da scarso spirito realistico*".

[495] In tal senso (per una posizione che, a detta degli autori già citati nella nota antecedente, sembrerebbe collocarsi in uno stadio intermedio tra teoria della possibilità e teoria della probabilità) vedi anche G. JAKOBS, *Strafrecht, op.cit.*, p.269; e I. PUPPE, *Der vestellungrinhalt der dolus eventualis*, in *ZStW*, 1991, pp.18 ss. Quest'ultima autrice, tra l'altro, afferma l'idea di una vera e propria rinascita della teoria della probabilità.

[496] Per esempi più risalenti possono essere indicate le sentenze: Corte, Ass. App., Genova, 21 dicembre 1965, in *Foro It*., 1966, vol.II°. c.466; Cass, Sez. I pen., 12 gennaio 1985, in *Giust.Pen*., 1985, vol.II°, p.714; Cass. 17 gennaio 1981, in *Cass.Pen*., 1982, p. 218; Cass. Sez. I pen., 25 gennaio 1989, in *Giust.Pen*., 1990, vol.II°, p. 112. Non mancano poi quanti (come ad esempio il giudice della sentenza del tribunale di Cremona, 14 ottobre 1999, in *Foro It.*, 2000, p.350) continuano a riconoscere alla teoria della possibilità un consistente valore probatorio sottolineando come mantenga tale indiscussa utilità nonostante prescinda dall'evento volitivo (come confermerebbe il fatto che le sezioni unite della cassazione, nella sentenza 14 febbraio 1996, "*Mele*", in repertorio 1996, Voce *Reato doloso*, n°36, ne abbiano fatto applicazione nell'ambito della delimitazione del confine superiore tra dolo eventuale e dolo diretto). Il fatto che il soggetto si sia rappresentato l'alta probabilità di verificazione della conseguenza dannosa costituisce, infatti, un indizio fondamentale per verificare la sussistenza del momento volitivo, inteso come decisione orientata alla violazione del bene giuridico. In tal senso sembra esprimersi anche S. CANESTRARI, *Il dolo eventuale*, 1999, *op.cit.*, p.35.

[497] Così, S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, *op.cit.*, p.43.

[498] In tal senso, A. PAGLIARO, *Principi (pt.gen.), op.cit.*, p.270, e E. NICOSIA, *Contagio di Aids tra moglie e marito e omicidio doloso, op. e loc.cit.*, p.353.

42 e 43 c.p.[499]. Inoltre la distinzione tra dolo e colpa edificata su tali teorie s'incentra su di un fattore di carattere puramente quantitativo, mentre apparirebbe più legittimo che il problema venisse impostato su un terreno qualitativo.[500] Senza contare poi che le difficoltà, di accertamento di concetti di probabilità e possibilità imporrebbero al giudice un'indagine di fatto inattuabile. Concludendo sul punto, l'elemento della probabilità può valere, tutt'al più, come significativo indizio della presenza del dolo eventuale[501], essendo necessario, per distinguere tale figura dalla colpa cosciente, un elemento ulteriore consistente nella volizione dell'evento[502]. Ciò detto interpretando il termine "*volizione*" come perseguimento dell'evento stesso, dovrebbe potersi escludere la configurabilità del dolo eventuale nel momento in cui l'agente, nella scelta dei mezzi e delle modalità di esecuzione, adegua la propria condotta al proposito di evitare l'evento collaterale; giacché volontà di realizzazione (cioè il dolo) e volontà, manifestata con atti concludenti, di evitare un determinato risultato, sarebbero termini che si escludono vicendevolmente[503]. Tale impostazione – altresì detta ***teoria della operosa volontà di evitare***[504]– fu sviluppata da *Armin Kaufmann* nel tentativo di superare

[499] Così, S. CANESTRARI, *op.cit.,* p.35.

[500] In tal senso cfr., G. LICCI, *Dolo eventuale, op.cit*., p.1505, ed *ivi* rimando a M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, 1951, p.95, – che solleva l'obiezione che dolo e colpa costituiscono due forme di imputazione completamente diverse, le quali, non essendo riconducibili sul piano psicologico o normativo ad un concetto unitario, non appaiono suscettibili di criteri di demarcazione meramente quantitativi – e a G. MARINUCCI, *Il reato come azione, critica di un dogma, op.cit.*, p.98.

[501] Per una formulazione sostanzialmente coincidente si rinvia a G. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, p.142; F. MANTOVANI, *op.cit*., p.330; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit.*, p.322; S. CANESTRARI, *op.cit*., p.35. Tali autori concordano nel ritenere che una calibrata applicazione della teoria in esame, ove contribuisca a far luce sui processi interiori del singolo, può far emergere elementi indiziari assai significativi – per quanto non esaustivi – circa la qualificazione dell'elemento soggettivo. Sarebbe così consentito avvalersi anche di tale criterio, depurandolo dal contesto dogmatico nel quale è stato elaborato e non considerandolo come unico ed autonomo *ubi consistam*, per accertare l'esistenza di una ragionevole certezza nel non verificarsi dell'evento.

[502] Così, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit.*, p.322.

[503] In tal senso si esprime S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit*., p.15 rinviando *ivi* in nota n° 22 a Arm. KAUFMANN, *Der dolus eventualis im deliktsaufbau*, in ZStW, 1958, pp.64 ss. Per un diffuso approfondimento delle tesi del *kaufmann* si può consultare anche T. HILLENKAMP, *Dolus eventualis und vermeidwillen, in Gedächtnisschrift für Armir Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, p.351.

[504] Secondo G. LICCI, *Il dolo eventuale, op.loc.cit.,* p.1502, la teoria della volontà si esprime in due articolazioni fondamentali: quella psicologica che intende la volontà in senso causale e quella finalistica che intende la volontà in senso normativo sociale. Dal primo orientamento prende le mosse la teoria del consenso elaborata da Von Hippel e sostenuta in Italia da Antolisei. L'altro orientamento, volontaristico, identifica il dolo nella volontà finalistica. Il riferimento del dolo alla struttura finalistica della volontà si articola a sua volta in due profili fondamentali: il primo aspetto è "*l'autolimitazione del processo finalistica che si riflette nella struttura del dolo in quanto da questo verrebbero ad esulare le conseguenze che l'agente ha cercato di evitare. Il secondo aspetto, prendendo le mosse dal concetto di finalità potenziale, configura l'elemento diacritico del dolo nel protendersi della volontà verso il futuro*". In tal senso anche D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione, op.cit*., p.201.

l'infruttuoso controvertere tra le dottrine cognitive (possibilità e probabilità) e quelle volitive (approvazione ed accettazione) fondando la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente sul terreno del finalismo [505]. Il fatto di aver posto in essere delle contromisure volte ad ostacolare l'evento, escluderebbe per definizione la volontà caratteristica dell'illecito doloso anche sotto il profilo più sfumato del dolo eventuale. A tale teoria si obietta, però, come non sia sufficiente, per escludere il dolo, il mero attivarsi per rendere meno pericolosa la propria azione, quasi a ricompensare l'agente per questo suo adoperarsi, ciò perché proprio l'agire resta pur sempre pericoloso e quindi animato da una volontà volta al male[506]. L'azione volta ad evitare il prodursi del reato, non sempre corrisponde ad un atteggiamento conforme al diritto, ma può, altresì, essere il risultato di una strategia criminale[507].

A queste obiezioni che, in sostanza, evidenziano come il criterio elaborato da *Armin Kaufmann* finisca con l'escludere dal dolo condotte che andrebbero in esso ascritte, può ulteriormente aggiungersi che risulterebbe eccessivo attribuire il dolo a quei soggetti che agissero senza manifestare una condotta "tesa ad evitare", per un errore di percezione della possibilità di causare l'evento, o perché versanti in una situazione tale da impedirne l'attivazione in tal senso. In realtà, ciò che contraddistingue la colpa cosciente è la causazione dell'evento a seguito dell'inosservanza delle regole di diligenza, poiché ove si richiedesse, invece, un atteggiamento particolarmente attento ed accurato o caratterizzato dalla adozione di particolari cautele, si perverrebbe ad una dimensione di compromesso[508]. Deve quindi concludersi che, se per la sussistenza del dolo occorre un *quid pluris* rispetto alla colpa, questo non può essere certo individuato nella mancata adozione di misure volte ad evitare l'evento.

---

[505] G. DE FRANCESCO, *Il dolo eventuale, op.loc.cit.*, infatti, riporta in nota, come Il KAUFMANN, – in *Dolus eventualis op.cit.*, p.73. – riteneva che i due atteggiamenti psichici dovessero distinguersi verificando se l'agente abbia o meno predisposto delle misure volte ad ostacolare la realizzazione dell'evento: a seconda che tali fattori antagonistici siano stati o meno concentratamene inseriti, dovrebbe, rispettivamente, affermarsi la sussistenza degli estremi della colpa cosciente o del dolo eventuale. In vero l'autore sottolinea che se l'agente ha predisposto delle contromisure, la volontà di realizzazione propria del dolo dovrà necessariamente escludersi, essendo logicamente impossibile che l'autore del fatto miri, da un lato, a far si che l'evento possa realizzarsi, e si proponga dall'altro, di evitarlo mediante un comportamento antagonistico.

[506] In tal senso, W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo, op.cit.,* p.484, *contra* C. ROXIN *op.loc.cit.,* che sottolinea, invece come una siffatta contrapposizione risulti, ancora una volta, viziata dal riferimento ad un concetto di finalità che in tema di dolo eventuale non mira, per definizione, a fare si che l'evento si realizzi, ma si rappresenta soltanto delle conseguenze possibili della sua azione, senza perseguirle direttamente, Poiché tale situazione psicologica è propria anche della colpa cosciente, la ricerca di un eventuale distinzione non può che muovere da una premessa differente rispetto a quella posta da *Kaufmann.*

[507] Ancora W. HASSEMER, *op.loc.ult.cit.*

[508] Così, S. PROSDOCIMI, *op.cit.,* p.17.

Una volta verificato come il discrimine tra dolo e colpa sia individuato nella volizione, bisogna ulteriormente accertare se, affinché il soggetto versi in colpa cosciente, sia sufficiente solo una semplice presa di distanze sul piano psicologico dall'esito del proprio agire. Tale era, infatti, la posizione seguita – nell'ambito della teoria della volontà – da quella parte della dottrina e della giurisprudenza (in verità non più molto recente[509]) che sostenne ***la teoria degli stati affettivi***. Secondo la ricostruzione da questa prospettata, vi sarebbe dolo eventuale quando l'agente avesse preferito la realizzazione dell'evento alla rinunzia del perseguimento del proprio fine, mentre si sarebbe configurata la colpa con previsione, qualora la speranza nella non verificazione dell'evento antigiuridico fosse risultata decisiva nel volgere l'agente ad intraprendere l'azione[510]. Come evidente, il cardine della distinzione tra i due titoli d'imputazione soggettiva era edificato su di caratteri di natura eminentemente emotiva, individuati, a secondo dalle diverse varianti terminologiche, nella fiducia, nella speranza, nell'auspicio, nell'indifferenza ecc[511]. Occorre, però, tener presente che se tali criteri sono indicativi di quello che è l'interesse del reo rispetto all'evento cagionato, essi, nel momento in cui pretendono di fondare la distinzione tra dolo e colpa, non chiariscono come mai si definisca il dolo come volontà criminosa e poi si finisca per ritenerlo esistente solo sulla base di entità psichiche che con la volizione non hanno nulla a che fare[512] in quanto risolventesi in una mancanza di attività della sfera volitiva[513]. A questo si aggiunga che provare la consistenza degli stati affettivi cui si fa riferimento, significa tentare di immettersi nell'interiorità dell'agente: cosa questa che, pur essendo ostica nella normale prassi probatoria, si rivela addirittura impossibile quando è volta ad accertare l'intensità dei medesimi al fine di stabilire se e quanto furono determinanti per il compimento dell'azione[514].

---

[509] Così cfr., G. LICCI, *op.cit.,* p.1498.

[510] In tal senso, per la dottrina tedesca: R. Von HIPPEL, *Die granze, op.cit.,* p.498 ss., e in quella italiana: F. CARRARA, *Programma, op.cit.,* vol.I°, p.1877.

[511] Le argomentazioni della trattazione possono dunque riferirsi anche alla *teoria dell'indifferenza* che pone integralmente l'accento sull'atteggiamento interiore dell'autore rispetto all'evento: verserà in dolo eventuale che si sia posto in una posizione di approvazione o di mera indifferenza rispetto all'evento; in colpa con previsione chi, pur prevedendo concretamente l'evento, non ne desideri la verificazione ma ne speri ed auspichi, anzi, che non si verifichi. In tal senso E. NICOSIA, *Contagio di Aids tra moglie e marito, op.loc.cit*., p.353, che trattando la medesima congiuntamente alla teoria degli stati affettivi ne sottolinea l'appartenenza al medesimo *genus*.

[512] In tal senso, A. PAGLIARO, *Principi, op.cit*, p.270.

[513] Così, G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa, op. e loc.cit*., p.249, ed *ivi* in nota n°119, rimando ad A. DI LORENZO, *op.cit.,* p.85. E' infatti ben evidente come lo sperare o l'auspicare, ma anche la semplice indifferenza non possano in nessun caso qualificarsi come volontà.

[514] Cfr.: A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione di dolo, op.cit.,* p.154.

Devono essere condivise, pertanto, le corrette osservazioni critiche mosse da più parti, secondo cui tali criteri, essendo fondati su di un dato spesso evanescente, oltre ad essere scarsamente praticabili sul piano applicativo, non colgono neppure nel segno, né sul piano ontologico, né su quello normativo[515]. Da quest'ultimo punto di vista va rilevato che il richiedere una sorta di adesione interiore da parte dell'agente, che dovrebbe partecipare emotivamente alla causazione dell'evento offensivo, finirebbe per convertire surrettiziamente il dolo eventuale in una vera e propria sottospecie del dolo intenzionale.[516]

Ancor più decisiva è la considerazione che, nell'ambito di un diritto penale costruito su basi oggettivistiche, improntato alla tutela di determinati beni giuridici, ed ispirato al principio della colpevolezza per il fatto, la funzione del dolo non può essere concepita in una dimensione eticizzante, non essendo esso volto a censurare o ad impedire la manifestazione di determinati atteggiamenti interiori[517]. In altri termini, se il soggetto si è rappresentato le possibili (o probabili) conseguenze accessorie della propria azione e, ciononostante, ha scelto di agire ugualmente, ciò significa che ha prescelto la via della lesione del bene giuridico; il disvalore di tale scelta non può dunque venir meno né ridursi di alcunché, per il solo fatto che essa sia stata accompagnata da un atteggiamento interiore di semplice speranza nella non verificazione dell'evento o, di disapprovazione del medesimo. Ragionando diversamente infatti, si correrebbe il rischio, fra l'altro, di sfociare direttamente nella costruzione di particolari tipi d'autore[518]. Essendo virtualmente impossibile accertare simili entità psichiche in capo a qualsiasi imputato – imputato che, secondo una comprensibile logica difensiva, dichiarerà di aver avuto una tenace fiducia o un'ardente speranza nel non verificarsi dell'evento, a prescindere da quali fossero le condizioni concrete del suo agire – affidandosi al

---

[515] Così cfr., M. GALLO, *Voce dolo, op.loc.cit.,* p.154; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis,op.cit*., p.43; S. CANESTRARI, *op.cit.,* pp.50 ss.; G. BRAMANTE *op.loc.cit.,* p.734. Ritenendo che proprio sul piano applicativo si correrebbe il rischio di cadere in vuote petizioni di principio.

[516] Cfr., ancora, S. CANESTRARI, *op.loc.ult.cit*.

[517] Così, G. DE FRANCESCO, *op.cit.*, p.120 sottolineando ulteriormente ivi come "*un diritto penale moderno e secolarizzato non possa che avere come scopo principale quello della tutela dei beni giuridici. Suo obiettivo non può essere pertanto quello di impedire che si manifestino determinati atteggiamenti interiori in coloro che realizzano la lesione di tali beni; ciò che interessa è, piuttosto unicamente il fatto che la lesione possa essere evitata*". Sulla medesima posizione: G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit.*, p.330.

[518] Vedi, *supra*, cap.II°§5, ed *iv*i nota n°125, per un parallelo tra determinismo e scienze neurologiche..

criterio dell'atteggiamento interiore si cadrebbe verso inevitabili semplificazioni, sovente frutto della sovrapposizione delle convinzioni, anche morali, del giudicante[519].

Al di là della bontà di tali obiezioni, deve inoltre tenersi presente che la sussistenza di stati affettivi espone il soggetto ad una più facile violazione delle norme di diligenza: chi spera o auspica che l'evento previsto non si verifichi, infatti, non prende seriamente in conto tale eventualità, omettendo spesso, proprio per questo, di prendere le cautele necessarie. In tal modo connotato essenziale della colpa resta la violazione delle regole di diligenza e non certo la presenza di imprecisati stati affettivi che non hanno con la stessa alcun tipo di correlazione[520].

Acclarato come il dolo si caratterizza più per l'elemento volitivo che non per quello rappresentativo, e come una semplice presa di distanze dall'evento non escluda il dolo, (almeno nei termini proposti delle teorie illustrate) la dottrina – in particolare di lingua tedesca – ha tentato di individuare il discrimine tra dolo eventuale e colpa cosciente, in un *quid pluris* rappresentato da una particolare approvazione interiore dell'agente alla realizzazione dell'evento preveduto dal medesimo[521]. Si fa qui riferimento alla cosiddetta ***teoria del consenso (o dell'approvazione)***[522], secondo la quale si avrebbe dolo eventuale allorché alla previsione della possibilità dell'evento si aggiungesse, per l'appunto, un'espressa presa di posizione dell'agente, consistente nell'avervi egli acconsentito. Nei casi in cui invece mancasse una siffatta adesione interiore e, per contro, l'agente nutrisse una ferma speranza

---

519 In tal senso, cfr., E. NICOSIA, *op.loc.cit*., p.354.

520 In tal senso, cfr., G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa, op.cit.,* p.250.

521 Così Cfr., G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit.,* p.330.

522 Con riguardo all'inquadratura sistematica della medesima G. LICCI, *Dolo eventuale, op.cit*., p.1505 sottolinea come la teoria del consenso per formulata inizialmente dai volontaristi sia stata poi ampiamente utilizzata da molti seguaci della teoria della rappresentazione, che appunto, configurano il consenso nel quadro della sfera intellettiva. L'Autore sottolinea inoltre come particolarmente sensibile a tale nucleo tematico appaia il pensiero di C. ROXIN il quale, in particolare in *Zur abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster fahrlassigkeit*, in *Jus,* 1964, p.233, sembra ritenere che il comportamento dell'agente debba esprimere e documentare l'atteggiamento interiore di ostilità nei confronti dell'interesse tutelato. Per una riflessione similare G. DE FRANCESCO, *op.cit*., pp.119 ss., che indicato come dietro le formule "*teoria dell'approvazione*" o "*teoria del consenso*" si racchiudano, in realtà, dottrine spesso diverse tra loro; sottolinea come vi abbiano fatto ricorso tanto i fautori della teoria della volontà quanto quelli della teoria della rappresentazione. L'autore pone poi ulteriormente l'accento su come *R. Von Frank* dopo aver ideato la così detta "*prima formula*", solitamente denominata del "*consenso ipotetico*", sia poi successivamente passato a postulare anche una "*seconda formula*", sostanzialmente fondata sull'indifferenza nei confronti dell'evento dimostrando, così, come le due teorie siano sostanzialmente coincidenti ponendosi la prima in termini positivi e la seconda in termini negativi. Per l'analisi più particolareggiata della teoria dell'indifferenza l'A. rimanda, poi, al primo ideatore della medesima, *id est* W. ENGISCH, *Untersuchungen, op.cit.*, p.186; e per una posizione non lontana nella dottrina italiana a A. MALINVERNI, *Scopo e movente, nel diritto penale*, 1955, p.138.

nella sua non verificazione dovrebbe concludersi per l'esistenza di una colpa cosciente[523]. Sul versante dottrinario *de quo* – premesso come a tale ricostruzione vadano estese tutte le critiche antecedentemente illustrate in riferimento alla possibilità di edificare la distinzione tra i titoli di imputazione in oggetto sull'atteggiamento interiore dell'agente nei confronti dell'evento – va segnalata, per originalità ed acume, la costruzione elaborata da *G. Delitala*[524]. Questi realizza un'ingegnosa fusione della la teoria del consenso con quella dell'accettazione del rischio[525], asserendo che, chi abbia agito nonostante la previsione dell'evento, e nel fare ciò abbia acconsentito all'evento stesso accettandone il relativo rischio, lo avrà in ultima istanza voluto, e pertanto dovrà essere riconosciuto responsabile a titolo di dolo eventuale. Per far fronte alle gia nota[526] difficoltà di accertamento che presenta un coefficiente interiore quale quello del consenso, si è pensato di poter ricorrere all'utilizzo del giudizio di carattere ipotetico insito nella gia citata "*prima formula*" di *R. Von Frank*[527].

La teoria del consenso così come formulata dall'illustre Autore tedesco[528], nonostante sia oggetto di consistente rivalutazione da parte di autorevoli esponenti della dottrina

---

523 In tal senso ancora G. LICCI *op.loc.ult.cit*., e G. DE FRANCESCO, *op.loc.cit*. p.120, ed *ivi* rinvio a oltre che ad W. ENGISH, *op.loc.cit* e a R. Von HIPPEL, *op.loc.cit*. Nella dottrina italiana per tutti E. BATTAGLINI, *Volontà e rappresentazione nei delitti dolosi secondo il nuovo codice penale*, in *Riv.Pen*., 1931 p.94.

524 Così: G. DELITALA *Dolo eventuale e colpa cosciente nella nozione di dolo*, in *Raccolta degli scritti, op.cit*., pp.441 ss.

525 Vedi infra, §5°.

526 Vedi *supra*, cap.II°, §5°.

527 Vedi *supra*, cap.III°, §2°. Secondo l'illustre autore, per appurare se si è in presenza di dolo eventuale o colpa cosciente (per appurare cioè se vi è stato il consenso, allorquando l'agente si è rappresentata la possibilità del verificarsi di un evento non desiderato) si dovrebbe verificare se egli, prevedendo come certo il realizzarsi dell'evento stesso, avrebbe agito ugualmente o si sarebbe astenuto dall'azione.

528 La teoria in oggetto, per dirla con lo stesso autore, (come sottolinea G. DE FRANCESCO, *op.loc.cit*.,) ha il pregio di distaccarsi da una considerazione rigidamente naturalistica della dell'elemento soggettivo del reato in tal modo evidenziando il rapporto scalare che si instaura tra l'evento perseguito e quello collaterale in maniera tale che sia "*l'atteggiamento dell'agente nei confronti del fine concreto a guidare nella prova*"– R. Von FRANK, *op.cit*., p.190 –. Sulla stessa posizione: L. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo, op.cit*., p.1074; ID, *Il dolo, op.cit.*, p.130 ss.; ID, *Appunti sul confine tra dolo e colpa, op.cit*., p.1071, dove l'A. sottolinea come la formula di Frank non costituisca un semplice criterio accertativo dell'atteggiamento interiore, ma, individuando i fattori rilevanti per la decisione, rappresenti la strada migliore per stabilire se ricorra il dolo eventuale nei crasi previsti, ma non direttamente voluti dall'agente; ciò detto, sottolinea ulteriormente che il giudizio ipotetico è l'unico mezzo per poter cogliere una situazione psicologica effettiva del soggetto agente. Nella dottrina italiana (come già sottolineato da S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit*., p.10 in nota), un consistente uso della formula di Frank è altresì riscontrabile in A. PAGLIARO, – *Il fatto di reato*, Palermo, 1960 – che attraverso considerazioni analoghe a quelle sviluppate dal giurista tedesco, individua la parallela forma della "*colpa eventuale*". Tale forma di colpa costituirebbe il limite della colpa con previsione di cui all'articolo 61 n°3 c.p., e si realizzerebbe nel caso "*il soggetto si rappresenti come possibile una certa situazione nell'ambito della quale il suo comportamento sarebbe negligente, imprudente o imperito, e agisca con assoluta indifferenza per questa circostanza: nel senso, cioè, che avrebbe agito allo stesso modo anche se avesse avuto la certezza che la situazione, da cui risultava la negligenza del suo comportamento, sussisteva effettivamente*".

italiana[529], appare, tuttavia, decisamente carente sul versante del nesso psicologico fra agente e fatto, in quanto non tiene conto di quello che è l'effettivo atteggiamento del soggetto, ma di quello ipotetico che avrebbe potuto prodursi, ignorando che il dolo consti di atteggiamenti psicologici reali[530], e rendendo così la prova dell'accadimento materiale assai più delicata e difficile da raggiungersi[531]. In sostanza, ricostruendo decisioni e scelte non verificatesi nella realtà, la formula di *Von Frank* individua il discrimine fra dolo e colpa essenzialmente sulla valutazione della personalità del reo, l'analisi della quale dovrebbe rilevare la soglia dell'insensibilità dell'agente, rispetto alla salvaguardia del bene offeso dall'evento non intenzionale, quindi in ultima istanza, il livello della capacità a delinquere del reo[532].

Resta inoltre il fatto, che il consenso è pur sempre uno stato psicologico labile che nulla ha a che fare con la volontà in senso proprio cui fa riferimento l'articolo 43, comma 1°, c.p.[533]

- 5) La teoria dell'accettazione del rischio: critiche.

Il dolo, dunque, a differenza di quanto indicato dalle teorie precedentemente illustrate ed in particolare dalla teoria del consenso, richiede che l'atteggiamento interiore, manifestato dal soggetto, si avvicini il più possibile ad una presa di posizione della volontà capace di

---

529 In particolare L. EUSEBI e A. PAGLIARO, (per l'esposizione delle teorie dei quali si rinvia alla nota antecedente), *contra*, S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit.*, p.11, che sottolinea come sia proprio il discostamento dalla considerazione esclusivamente naturalistica dell'elemento soggettivo del reato insito nella formula di Frank, a condurre al suo superamento dottrinario.

530 Così, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*., p.250 e S. PROSDOCIMI, *op.ult.cit*., p.14.

531 Ancora più dura e decisa è la critica avanzata da S. CANESTRARI, *La definizione legale del dolo. Il problema del dolus eventualis,* in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2001, pag.911, il quale afferma senza mezzi termini che "*la formula accettare con approvazione in senso giuridico è completamente priva di consistenza: la sua vitalità va attribuita soltanto a sottili quanto pericolose confusioni linguistiche, che permettono alla giurisprudenza di perseguire determinati obiettivi di politica criminale*".

532 Così, ancora S. PROSDOCIMI, *op.loc.ult.cit*. che sottolinea come *Von Frank* muovendo dalla teoria della rappresentazione, finisca per avvicinarsi a quanti individuano la caratteristica del dolo, non tanto in un elemento intellettivo e volitivo concernente il fatto concreto, quanto in un particolare atteggiamento interiore, nel grado di insensibilità, di mancanza di riguardi, dell'agente di fronte al bene giuridico aggredito, che determina e giustifica un rimprovero più accentuato.

533 In tal senso, G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa, op.loc.cit*., p.251.

influire autenticamente sullo svolgimento degli accadimenti[534]. Maggiormente idonea a soddisfare tale tipo di esigenza è stata ritenuta la *teoria dell'accettazione del rischio*, teoria che, nata dall'esigenza di fondo della dottrina di postulare, anche nell'ambito del dolo eventuale, la necessaria presenza di un elemento volontaristico, ha tentato di conferire all'oggetto del dolo stesso una maggiore qualificazione oggettiva[535]. Tale impostazione, sviluppatasi soprattutto in Germania nel contesto di una più ampia riflessione coinvolgente l'intera sistematica del reato[536], riflette a tutt'oggi in Italia il punto di vista dominante tanto nella dottrina[537] che nella giurisprudenza[538]. Secondo tale scuola di pensiero perché il soggetto

534 Così, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*., p.330. Vedi anche, *infra*, §7.

535 Così, G. DE FRANCESO, *op.cit*., p.129.

536 A riguardo vedi: N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale, l'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983, pp.5 ss.

537 Nella dottrina possono richiamarsi tra i tanti: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, op.cit.,* p.322; G. FIANDACA - E. MUSCO, *op.cit.,* pp.328 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, op.cit.,* p.321; D. PULITANÒ, in *Commentario breve al codice penale,* a cura di *Crespi, Stella, Zuccalà*, 2^ed, Padova, 1992; S. TASSI, *op.cit.*, p.5; R. RIZ, *op.cit.,* p.259 anche se in chiave più marcatamente critica.

538 La giurisprudenza ha, infatti, recepito il criterio della c.d. *accettazione del rischio* quale strumento per distinguere tra dolo eventuale e colpa cosciente; anche se non mancano quanti ritengono che, in realtà, la giurisprudenza sembri individuare nella pratica il discrimine tra dolo e colpa in base a criteri di carattere induttivo, e solo successivamente giustifichi l'opzione fatta utilizzando la teoria a posteriori più idonea, in tal senso A. MALINVERNI, *Pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio nel'attività bancaria*, in S*tudi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, vol.II°, p.722; e G. FORTE, *Ai confini fra dolo e colpa, op.cit.,* p.252. Ciò detto, va sottolineato per dirla con P. VENEZIANI, *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.loc.cit.,* p.75, come del criterio in oggetto si possono rinvenire numerosissime applicazioni, ancorché la lettura delle motivazioni delle sentenze possa svelare ulteriori fattori che, nella prassi, incidono sulle decisioni dei giudici, nel senso di orientarli a ravvisare in concreto un'accettazione del rischio oppure no. Così la sentenza Cass., Sez. I pen., 3 giugno 1993, "*Piga*", in *Cass.Pen*., 1994, p.2992 oltre ad una chiara applicazione del *criterio dell'accettazione del rischio* evidenziano la collateralità dell'evento di cui si dibatte rispetto allo scopo perseguito dall'agente. La massima di tale sentenza afferma, infatti, che il fondamento dell'imputazione dolosa nel dolo eventuale, (in cui l'attributo eventuale non concerne il dolo che deve sussistere, ma il risultato possibile, per l'appunto eventuale, cui il dolo si riferisce) va ravvisato nell'accettazione da parte dell'agente della possibilità dell'evento, sia pure come risultato accessorio rispetto allo scopo della sua condotta. Qualora l'agente abbia, invece, escluso tale possibilità, confidando di poterla evitare, si versa nella colpa cosciente. Altre massime, poi, pur sotto l'egida del criterio *dell'accettazione del rischio*, si distinguono a seconda che pongano l'accento sul momento volitivo, oppure su quello rappresentativo cioè sulla previsione. Nel primo senso, fra le tante, Cass., Sez. III pen.,, 23 ottobre 1997, n°5969, "*Held*", in *Rep.Pen*., 1998, pag.342; nel secondo senso Cass., Sez. I pen, 8 novembre 1995, n°832, "*Piccolo*", in *Cass.Pen*., 1997, pag.911 ove si ritiene che "*il dato differenziale tra dolo eventuale e colpa cosciente va rinvenuto nella previsione dell'evento. Questa, nel dolo eventuale, si propone non come incerta, ma come concretamente possibile e l'agente nella volizione dell'azione ne accetta il rischio, così che la volontà investe anche l'evento rappresentato. Nella colpa cosciente la verificabilità dell'evento rimane un'ipotesi astratta che nella coscienza dell'autore non viene concepita come concretamente realizzabile e, pertanto, non è in alcun modo voluta*". In precedenza in termini pressoché simili, Cass., Sez. I pen., 24 febbraio 1994, "*Giordano*", in *Cass.Pen*., 1995, p.1837; Cass., Sez. I pen., 28 gennaio 1991, in *Cass.Pen*., 1992. Vanno da ultimi menzionati due pronunciamenti chiave riportati da R. RIZ, *op.loc.cit.,* il primo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno sottolineato (nelle sentenze 12 aprile 1996, n°3571e 12 ottobre 1993 CED 195804) la diversità tra dolo diretto e dolo eventuale, nel senso che "*sussiste dolo eventuale quando l'agente pone in essere una condotta finalizzata ad altri scopi, rappresentandosi la concreta eventualità del verificarsi di altre conseguenze, ed agisce accettando il rischio del loro realizzarsi. Sussiste, invece, dolo diretto allorché l'ulteriore evento si presenti come altamente probabile, sicché il suo verificarsi appartiene direttamente al*

agisca con dolo eventuale non è sufficiente la mera rappresentazione mentale della concreta possibilità di verificazione dell'evento, ma è altresì necessario che egli faccia i conti con tale evenienza, e ciononostante, decida ugualmente di attivarsi anche al costo di provocare fattualmente un evento criminoso.

Questa consapevole accettazione del rischio si approssima, in sede di valutazione penalistica, alla vera e propria volizione del fatto[539], ciò perché la medesima non si limita ad un accettazione del solo pericolo in quanto tale, ma si traduce nell'accettazione dello stesso evento lesivo che potrebbe verificarsi; in altri termini si ritiene che il soggetto, nel momento in cui decide di agire a costo di provocare l'evento, finisce con l'acconsentire, e quindi con il volere, l'evento stesso[540].

Si avrà, per contro, la colpa cosciente o con previsione, ove il soggetto si configuri mentalmente la possibilità dell'evento lesivo, confidando tuttavia nel fatto che in concreto questo non verrà a verificarsi[541]. Partendo dal presupposto che l'elemento che accomuna il dolo eventuale e la colpa cosciente è la sola previsione del fatto di reato (previsione che rivela come in entrambi i casi gli agenti siano a conoscenza del rischio), i due titoli di imputazione vengono ad essere differenziati solo per il diverso modo soggettivo di atteggiarsi della previsione stessa; così, nella colpa cosciente, essa avrà una dimensione astratta, mentre nel

---

voluto dell'agente". Il secondo pronunciamento chiave è invece individuato nella sentenza Cass., Sez. I pen., CED 215251 del 2000 che afferma esistente il dolo eventuale quando il soggetto si rappresenta tutti gli estremi del fatto tipico e prevede che alla sua condotta possa conseguire l'evento antigiuridico, che egli non solo si rappresenta chiaramente, ma di cui accetta in pieno il rischio del verificarsi. Ulteriori riferimenti giurisprudenziali possono trarsi dalla sentenza Cass., 15 aprile 1998, in *Cass.Pen.*, 1999, p.3423 e Cass., 23 ottobre 1997, *in Cass.Pen.*, 1998, p.342.

539 Così, cfr., M. GALLO, *Voce dolo, op.cit.*, p.793. Se la persona si determina ad una certa condotta, malgrado la previsione che essa possa sfociare in un fatto di reato, ciò significa che accetta il rischio implicito nel verificarsi dell'evento: "*qualora avesse voluto sottrarsi a tale rischio e non avesse acconsentito all'evento, evidentemente non avrebbe agito*".

540 In tal senso, ancora G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.loc.cit*. Esempio tipico è quello di chi, incendiando la propria casa per lucrare sull'assicurazione di cui è beneficiario, prevede la possibilità che la vecchia parente fosse ancora in casa agendo tuttavia ugualmente. Per un autorevole referente giurisdizionale di tale posizione si rinvia ad *infra*, nota n°141.

541 Così, cfr.: F. ANTOLISEI, *Manuale, op.cit*., p.347; M. GALLO, *Voce colpa, op. e loc.cit*., p.628; C. FIORE, *Diritto penale parte generale*, vol.I°, Torino, 1993, p.264; G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol.I°, Bari, 1996, p.147; G. FIANDACA – E. MUSCO., *op.loc.cit*., indica l'esempio di scuola, descrivente il caso dell'automobilista che, violando la norma del codice stradale che gli impone di non superare i limiti di velocità e di tenere una condotta di guida prudente, spinge il suo autoveicolo ad elevata andatura in una strada urbana semideserta prevedendo la possibilità che qualche qualora qualche pedone attraversasse la strada, egli riuscirebbe ad evitare un ipotetico travolgimento facendo uso della propria abilità di conducente. In tal caso la previsione del pericolo resta nella coscienza del soggetto in una dimensione astratta, proprio perché il soggetto la rimuove.

dolo eventuale la sua dimensione sarà concreta[542]. Il soggetto, quindi, aggira in dolo fino a quando si rappresenterà la possibilità positiva del prodursi di un fatto di reato; sarà invece in colpa cosciente quando verrà a configurarsi la previsione negativa dell'evento[543]. Con il termine "*previsione negativa dell'evento"*[544] si fa in particolare riferimento alla affermazione secondo cui agisce con colpa cosciente chi, confidando nella propria abilità o nel ricorrere di altri fattori esterni, opera con la piena convinzione che l'evento non si verificherà[545] pur avendone previsto la possibilità. In altre parole, l'agente pensa prima alla possibilità del risultato incerto, ma alla fine, nel momento decisivo del suo agire, nega in concreto tale possibilità nella sua coscienza.

Tale costruzione è duplicemente contestabile: *in primis*, non è esatto affermare che chi agisce confidando nelle proprie capacità, giunge alla rimozione dell'evento stesso dalla sua mente: la consapevolezza di aver superato la soglia del rischio rimane infatti immutata[546]. In secondo luogo, non dovrebbe essere tanto la previsione negativa del verificarsi dell'evento a caratterizzare la colpa con previsione, quanto la violazione del dovere obiettivo di diligenza; per cui l'accettare il rischio viene ad indicare l'intenzione di agire, ma non certo la volontà di produrre l'evento[547]. Nel momento in cui l'agente avrà infatti raggiunto la piena convinzione che l'evento non si verificherà, non potrà più parlarsi di previsione in senso proprio, perché un

---

[542] Riecheggia in tale posizione la teoria della possibilità di SAUER e GROSSMANN, per la quale si rimanda, *supra* §4, ed *ivi* nota n°77.

[543] Cfr: G. DE FRANCESCO, *op.cit.*, p.130, rileva a riguardo come tale prospettazione corra il rischio di rivelarsi come un mero "*mutamento di etichette"* che in ultima analisi si rivela, a sua volta, privo di qualsiasi progresso rispetto le posizioni tradizionali. A detta dell'autore, nell'elaborazione più approfondita del criterio del "rischio" – come oggetto del dolo, si finisce, poi, con il riproporre un criterio di distinzione rispetto alla colpa cosciente che, pur se mascherato dietro l'affermazione che in quest'ultima si avrebbe una deminuta previsione del rischio – riecheggia le formule tradizionali della "fiducia" nella non realizzazione dell'evento o dalla convinzione che questo non accadrà. L'A. continua inoltre sottolineando che "*in effetti, la necessità di richiedere un elemento ulteriore rispetto alla conoscenza del rischio, che esprima un'adesione psicologica dell'agente rispetto all'evento di lesione, una volta cacciata dalla porta, finisce con rispuntare dalla finestra: se l'agente, per quanto consapevole della pericolosità della propria condotta, confida nella non verificazione dell'evento, ciò significa che non lo ha voluto*".

[544] Per S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit.*, pp.24 ss., tale teoria ricostruisce la colpa cosciente come "*faccia negativa del dolo eventuale*" indicando che quella in oggetto è una linea dottrinaria che tende ad individuare i caratteri della forma di dolo *de quo* partendo dall'altro componente della coppia concettuale.

[545] In tal senso vedi, M. GALLO, *Voce dolo, op.cit.*, p.792.

[546] Nel ricorrente esempio manualistico dell'automobilista che sfreccia nelle strade urbane (vedi *supra*, in nota n°123) e infatti evidente che pur confidando questi nella sua abilità di guidatore per evitare la causazione di un incidente mortale, egli in ogni caso avvertirà il rischio anche al momento della condotta.

[547] Concordano su tale affermazione G. FORTE *op.cit.*, p.254; G. DE FRANCESCO, *op.loc.cit.*, p.126; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit.*, p.36.

evento ritenuto impossibile è un "*non-evento*" e , in quanto tale, non può essere oggetto di coscienza e volizione diretta da parte dell'agente.

Se ci si ostinasse a ragionare in questi termini, non potendosi più parlare di autentica previsione, verrebbe a cadere anche la stessa *ratio* dell'aggravante disciplinata dall'articolo 61, n°3, c.p., e si finirebbe con il punire in modo ingiustamente più grave colui che è giunto alla conclusione di poter controllare la potenzialità lesiva della sua condotta rispetto a colui che neppure si è posto il problema. D'altronde l'esattezza di quanto affermato è ricavabile da un dato positivo e più precisamente dal tenore letterario dell'articolo 61, n°3, c.p. dove è presente la dizione "*nonostante la previsione dell'evento*". Essa sta a significare che al momento della condotta deve sussistere una previsione positiva dell'evento, e non una "non-previsione"; il termine "*nonostante*" sta dunque ad evidenziare come ciò che caratterizza l'aggravante sia la circostanza che il soggetto abbia agito comunque, pur rendendosi conto della pericolosità della propria condotta. In conclusione sul punto, affermare come fa la *dottrina della previsione negativa dell'evento*, che la colpa cosciente sia caratterizzata dalla circostanza che il soggetto ritenga, a conclusione della sua ponderazione, che l'evento non si verificherà, urta contro il dettato normativo per contrasto con l'articolo 43 e 61, n°3, c.p. dove si parla di previsione in termini positivi.

Tornando all'impostazione generale della teoria dell'accettazione del rischio, va ancora una volta ribadito come la medesima sia la manifestazione più lampante della necessità del riscontro di un elemento volontaristico nella forma eventuale del dolo: elemento dedotto dal fatto che l'agente, non avendo escluso la possibilità dell'evento lesivo, lo avrebbe in definitiva accettato, manifestando in tal modo un chiaro atteggiamento di adesione al suo verificarsi. Proprio in tale sua pretesa si individuano chiaramente i limiti della teorica in esame: la dottrina e la giurisprudenza intendono assimilare alla volizione un coefficiente psicologico – cioè l'accettazione del rischio – che nulla ha a che fare con la stessa. Accettare il rischio di cagionare un evento, in verità, non significa minimamente volere l'evento rischiato[548], anzi è ben possibile che alla condizione psicologica in oggetto si accompagni la

[548] In tal senso, A. DI LORENZO, *I limiti, op.cit.*, p.90.

deprecazione dell'evento stesso[549] cosi come allo stesso modo è ben possibile che anche chi agisce con colpa cosciente accetti il rischio di cagionare l'evento[550] .

"*Accettare il rischio*" non significa altro che rischiare: comportamento che può essere collocato nell'ambito dell'imprudenza o nella temerarietà ma comunque non nel dolo[551] perché, a ben guardare, la colpevolezza per l'accettazione di un rischio non consentito, corrisponde alla colpevolezza propria del reato colposo[552].

Di fronte alle difficoltà di liberarsi dagli schemi seguiti dalla dottrina tradizionale, come visto impostati su criteri soggettivistici, si è allora tentato di risolvere il problema edificando una differente versione della teoria in esame[553]. Secondo tale prospettazione di tipo misto soggettivo-oggettivo, non sarebbe tanto significativo il modo di porsi dell'agente rispetto al rischio, quanto, piuttosto, la natura del rischio in sé per sé considerato[554].

---

549 Secondo G. FORTE, *Ai confini, op.loc.cit*., tale situazione verrebbe a configurarsi nel caso classico di *Guglielmo Tell*, che accettò il rischio di uccidere il figlio, pur deprecando con tutte le sue forze che ciò avvenisse.

550 Caso di scuola è qui quello del lanciatore di coltelli, ritenuto dalla dottrina un caso di colpa con previsione dell'evento perché il soggetto confida nelle proprie abilità di evitare l'evento; in realtà egli accetta il rischio di cagionare l'evento stesso.

551 A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione di dolo*, Napoli, 1930, p.152.

552 A. PAGLIARO, *Discrasie*, *op.cit*., p.322; ID *Principi, op.cit*., pag.276 (per maggiori approfondimenti sul pensiero di Pagliaro vedi *infra* §6°, ed *ivi* nota n°158), similmente sul punto anche V. SCORDAMAGLIA, *op.loc.ult.cit*.

553 Particolarmente attiva su tale versante è stata la dottrina tedesca i cui più quotati rappresentanti sono individuabili nelle persone di W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des Tatbestands-mäßigen Verhaltens und des Vorsatzes*, Köln, Heymanns, 1983, p.341; ID., *Offene Fragen des dolus eventualis,* in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1991, p.23; L. PHILIPPS, *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko*, in ZStW, 1973 p.38; I. PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung, op.cit.,* pp.35 ss.

554 Una posizione di tal fatta sembra essere recepita nella dottrina più recente da S. CANESTRARI, *op.cit.,* pp.152 ss. In particolare l'A. individua le caratteristiche specifiche del dolo eventuale rispetto alla colpa cosciente in un elemento volitivo "attenuato" (elemento soggettivo) e in una condotta particolarmente "qualificata" sul piano del rischio (elemento oggettivo). Si dà rilievo, in altre parole, più alla qualità esteriore del pericolo che alla rappresentazione e alla volontà del soggetto, valorizzando in tal modo, i contrassegni sociali del suo agire. Ciò premesso si afferma che sussiste un "pericolo doloso" quale componente normativa della peculiare struttura del dolo eventuale allorquando un osservatore avveduto — posto al tempo e nel luogo in cui si trovava il soggetto concreto ed in possesso delle sue eventuali cognizioni superiori e speciali capacità psicofisiche — non avrebbe mai potuto "*prendere seriamente in considerazione di assumere quel determinato rischio nelle vesti dell'homo eiusdem professionis et condicionis dell'agente*". Con tali affermazioni l'A. vuole evidenziare come esista una costellazione di rischi tipicamente connessi all'azione di colui che agisce con dolo eventuale e che non possono qualificarsi colposi stante la loro inascrivibilità nel giudizio normativo dell*'homo eiusdem.* Pur non mancando quanti come P. VENEZIANI, *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.loc.cit.* p.73, ritengono che siffatto criterio misto – *oggettivo* dove si riferisce ad una particolare conformazione del rischio, e *soggettivo* dove invece si basa sulla previsione e sulla volontà del soggetto agente – consentirebbe di tracciare una chiara linea di divisione tra dolo eventuale e colpa con previsione evitando sia un'eccessiva oggettivizzazione del dolo eventuale, sia di

Pur richiedendosi che l'agente si rappresenti tale alea, la linea di demarcazione tra dolo e colpa dipenderebbe, unicamente da una qualificazione oggettiva del rischio, qualificazione realizzata con le accezioni distintive – terminologicamente differenti, ma sostanzialmente uguali – di rischio lecito o illecito, consentito o non-consentito, adeguato o inadeguato. Con il variare di tale classificazione varierebbe anche il titolo d'imputazione soggettiva, che, da dolo eventuale, si trasformerebbe in colpa cosciente e viceversa.

In tal modo, nel quadro di una tendenza dottrinale volta all'obiettivizzazione dei conceti di dolo e colpa, si è tentato di depurare lo studio in argomento da un approccio di carattere puramente psicologico. Secondo tale orientamento il dolo eventuale esigerebbe il prodursi dell'accettazione di un rischio antecedentemente conosciuto dall'agente e qualificato come intollerabile dall'ordinamento[555]; ci sarebbe, invece, colpa cosciente ove tale conoscenza mancasse[556]. Il rischio consentito – *Erlaubtes Risiko* o come lo si preferisca definire - finisce così con il divenire la soglia minima del penalmente rilevante tanto doloso che colposo.

Tale ricostruzione può essere criticata da due differenti angolature: in primo luogo, in base alle premesse poste e come riconosciuto dallo stesso *Frisch*, il dolo esigerebbe la conoscenza di un rischio inviso all'ordinamento e normativamente qualificato secondo un metro obiettivo di disvalore. Da questo punto di vista sarebbe però incongruo ed inutile richiedere in tema di dolo eventuale un ulteriore atteggiamento di adesione emotiva, perché la semplice violazione di un rischio normativizzato farebbe immediatamente rispondere l'agente

---

dover ricorrere – in una prospettiva *de jure condendo* – all'introduzione di una terza forma di responsabilità colpevole, sulla forma della r*ecklessness* anglo-americana. Anche in tale caso, tuttavia, l'eccessivo ancoraggio alle teorie tradizionali e la concezione del rischio come dato oggettivo costituiscono la fonte di tutte le critiche antecedentemente delucidate come si avrà modo di indicare nel corpo del testo. Infatti, tale criterio, certamente molto raffinato, pur se non trascura la dimensione oggettiva del rischio in cui agisce il soggetto, tenendo adeguatamente in conto la natura dolosa del dolo eventuale (si richiede la decisione a favore della possibile lesione del bene giuridico), finisce però con lo svalutare quest'ultimo elemento. Ritagliandosi, infatti, una cerchia di rischio tipicamente doloso si finisce col trascurare la reale dimensione del dolo, che si distingue dalla colpa non per il tipo di rischio preso in considerazione, né per la mancanza di un giudizio normativo d'attribuizione dell'evento: bensì per l'esistenza di una reale volizione (che non può essere surrogata da una "*decisione contro la possibile lesione del bene giuridico*" dal momento che tale formula non fa altro che riproporre l'accettazione del rischio tenendo conto delle nuove teorizzazioni in tema di dolo). Tale teorica, in conclusione, porta con sé l'alto rischio di presumere la volizione allorché risulti provato, in base ad un giudizio di tipo generalizzante, che il rischio preso in considerazione non risulti compatibile col parametro *dell'homo eiusdem professionsi et condicionis* finendo così per oggettivizzare il giudizio d'imputazione dolosa.

555 In tal senso: W. FRISCH, *Dolus eventualis, op.cit.*, p.38.

556 Ancora, W. FRISCH, *op.ult.cit.*, p.139.

a titolo di dolo. In secondo luogo, una simile rilevanza teorica del rischio penale non ha né supporto, né raffronto, in un adeguato corpo normativo, stante la mancanza, nella parte generale del nostro codice penale, di una norma che individui il rischio come elemento costitutivo del reato[557].

Ben più efficace ed innovativa, riuscendo a liberarsi meglio dagli schemi della dottrina tradizionale, è l'impostazione che ha ricondotto la distinzione tra dolo e colpa su una base puramente oggettiva cioè esclusivamente sul modo di porsi del rischio. Si dovrebbe, in particolare, distinguere le ipotesi in cui il rischio, pur se non tollerato dall'ordinamento, sia, tuttavia, ancora controllabile, da quelle in cui non lo sia più; in altre parole, le ipotesi di rischio "*schermato*" da quelle di rischio "*non schermato*"[558]. "*Schermato*" in tale ottica sarebbe il rischio che appaia oggettivamente fronteggiabile in forza dell'affidamento nelle capacità dell'autore[559]; "*non schermato*"sarebbe, invece, il rischio incontrollabile rispetto al quale verrà ad essere solamente il caso a decidere se si verificherà o meno la lesione[560] del bene giuridico protetto.

Non si parla più, quindi, di dolo e colpa *tout court*, ma si distingue fra rischi dolosi e rischi colposi. In particolare, i rischi dolosi sarebbero quelli che l'agente ragionevole correrebbe solo se d'accordo con la loro realizzazione, mentre sarebbero colposi i rischi sul cui non realizzarsi potrebbe far conto non solo un qualsiasi individuo singolarmente inteso, ma anche il soggetto che agisca in modo razionale[561].

---

557 Così, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, p.5, il quale sottolinea come, tuttavia, la constatazione di cui sopra non debba indurre ad attribuire al rischio penale "*un'invincibile dimensione metagiuridica*". Contro tale rischio è rilevato che la sua rilevanza giuridica emerge spesso dalle pronunce giudiziali, ma ciò non è sufficiente affinché s'ingeneri una normativizzazione consuetudinaria.

558 Così, G. DE FRANCESCO, *op.loc.cit.*, p.131 ed *ivi* rimando a C. G. HERZBERG, *Die Abgrenzung*, *op.cit*., p.254.

559 Tipico è il caso del capomastro che mandi un operaio su di un'impalcatura sfornita dei dispositivi di sicurezza, ritenendo di poter far più affidamento nella prudenza di quest'ultimo.

560 In tal senso, ancora G. DE FRANCESCO, *op.cit*., che riporta a questo punto il famoso esempio tratto da W. LACMANN, *Die abgrenzung der schulformen in der Rechtslehre und im Vorenftwurf zu einem deutchen strafgesetzbuch*, in *ZStW*, 1911, p.159. In esso si racconta di colui che per vincere una scommessa, accetta di sparare ad una pallina in mano ad una ragazza, ben consapevole che potrebbe anche colpire quest'ultima. L'autore conclude in proposito sottolineando come la circostanza che l'agente abbia cercato di non colpire la donna, non toglie nulla al fatto che egli non fosse in possesso di alcun motivo tale da indurlo a ritenere di poter aver successo nella sua impresa, per cui, la sua irrazionale fiducia nella fortuna non potrà escludere che in tal caso il pericolo non è schermato.

561 Così, I. PUPPE, *op.ult.cit*., La quale sostanzialmente assume una prospettiva d'analisi che tende ad enucleare la intrinseca natura del rischio doloso e colposo, ma che a differenza di *Herzberg*, non dà rilievo ai fattori esterni che si frappongono al rischio stesso.

In conclusione è ben evidente come, anche in tale ricostruzione, si sia voluto sostanzialmente proporre un criterio di semplificazione probatoria della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente. Si è cercato di ovviare alle note difficoltà di accertamento della volontà che deve essere presente nell'agente, trasferendo il problema dal piano soggettivo al piano oggettivo, e cioè ricostruendo la struttura delle due figure in oggetto in funzione di una pura e semplice verifica del tipo di rischio oggettivamente riscontrabile nelle singole ipotesi[562]. Ciò, ancora una volta, riesuma inequivocabilmente lo spettro del *versari in re illecita*[563]. Inoltre, il mero riferimento a situazioni oggettive non consente sempre deduzioni automatiche circa la presenza di un corrispondente titolo di imputazione soggettiva. In tal modo le distinzioni di carattere puramente oggettivo devono essere integrate con le considerazioni attinenti alla struttura psicologica, che nel dolo sarebbe caratterizzata dalla volontarietà delle conseguenze e nella colpa della rimproverabilità della violazione delle regole di diligenza. Questo tipo di conclusione è d'altronde l'unica compatibile con il diritto penale italiano, essendo il nostro ordinamento caratterizzato dal distinguo del dolo e della colpa nella dimensione della colpevolezza, per cui fondare la distinzione *de quo* su una base puramente oggettiva significa tradire completamente la ratio e la lettera di una precisa scelta del legislatore[564].

Non è in tale ambito che deve essere tracciata nel modo più esauriente e rigoroso la *linea seiunctionis* tra dolo diretto e dolo eventuale. Avvertire, tuttavia, che le Sezioni Unite della Cassazione a questo scopo hanno ritenuto di dover seguire senz'altro la falsariga della *teoria dell'accettazione del rischio,* credendo di poter determinare così la superficie spettante al secondo, e assegnare la parte residua al primo[565], non è certamente privo di rilevanza. L'ambivalenza che è scaturita dalla indicata determinazione di confini, si è poi potuta sperimentare sul terreno del dolo diretto che, nel tentativo di ulteriore semplificazione sul piano concettuale, si è pensato di poter collocare nella "*accettazione del verificarsi del'evento*"[566] . Non si è rilevato, però, che la previsione del possibile verificarsi dell'evento

---

562 Così cfr., G. DE FRANCESCO, *op.loc.cit*., p.132. Vedi anche, *supra*, cap.I°, §10.

563 Cfr., L. EUSEBI, *In tema di dolo eventuale e colpa cosciente, op.cit*., p.1076.

564 Ancora G. DE FRANCESCO, *op.ult.cit*., p.134.

565 Cfr. Cass: SS.UU., 14 febbraio-12 aprile 1996, "*Mele*", in *Cass.Pen*.1997, pp.964 ss., (note e indicazioni in F. RIGO, *Dolo e tentativo, ibidem*)

566 Cfr., Cass., Sez. I pen, 20 novembre - 22 dicembre 1998, "*Amdouni*", in *Cass.Pen*., 2000, n°204, p.374.

costituisce il rischio che l'osservanza della diligenza oggettiva è chiamata a scongiurare, per non dar luogo altrimenti alla colpa – e non, come detto, al dolo eventuale. E dunque, la Cassazione avrebbe dovuto individuare una linea di demarcazione più sicura: per vedere scongiurato così il pericolo di una confusione tra dolo e colpa[567], i cui effetti sul piano della responsabilità non debbono essere qui illustrati.

Le gravi difficoltà in riferimento alla diversa rilevanza dei differenti profili dell'atteggiamento psicologico in relazione al fatto, si accrescono d'altro lato quando nell'agente si fa strada il *dubbio,* dubbio non sulla possibile realizzazione del fatto delittuoso, dato che questo non potrebbe incidere sulla qualificazione dolosa del medesimo[568] (l'autore di esso conserverebbe infatti il dominio dell'accadere), bensì sulle conseguenza accessorie del fatto stesso: perché in relazione a queste "*i casi di dubbio potrebbero risolversi tanto in dolo eventuale quanto in colpa con previsione*"[569].

- 6) <u>Le nuove ricostruzioni del dolo eventuale nate dal tentativo di superare i limiti della teoria dell'accettazione del rischio.</u>

Resisi conto delle difficoltà riscontrate dalla dottrina nell'esplorazione dei criteri distintivi tra dolo e colpa, alcuni autori italiani hanno recentemente tentato di prospettare ulteriori criteri che, pur non discostandosi di molto dalle teorie tradizionali, hanno il pregio di tentare di mettere meglio in evidenza quello che dovrebbe essere lo stato psicologico caratterizzante il soggetto agente.

Una breve rassegna di dette critiche dimostra come un tema così classico possa a tutt'oggi offrire spunti per un dibattito che sembrerebbe apparire inesauribile[570]. Così può

[567] Significativo in questo senso l'Asserto di Cass., 20 novembre 1998, cit., (nota che precede), secondo cui "*Quando l'ulteriore accadimento si presenta all'agente come probabile non si può ritenere che egli, agendo si sia limitato ad accettare il rischio dell'evento bensì che, accettando l'evento, lo abbia voluto, sicché in tali ipotesi l'elemento psicologico si configura nella forma del dolo diretto e non in quella del dolo eventuale*". Nella prospettiva appena delineata, tuttavia, è appena da rilevare che "*l'accettare l'evento*" dovrebbe comportare il dover essere, lo stesso, sicuro – e non solo probabile. Altrimenti, accettare l'evento e accettare il rischio dell'evento verrebbero a confondersi, atteso il comune loro denominatore d'incertezza. E' questo, come si è osservato nel testo, porterebbe a vedere confusi tra loro dolo e colpa.

[568] In tal senso cfr., G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit.,* p.321.

[569] Cfr., A. PAGLIARO., *Principi, op.cit*., p.277.

essere in particolar modo segnalata la linea dottrinaria elaborata da *Antonio Pagliaro* il quale, rifacendosi sostanzialmente alla "*prima formula*" di *Frank,* asserisce che nel dolo eventuale dovrebbe esservi qualcosa in più della pura e semplice accettazione del rischio[571]. Questo *quid pluris* viene identificato in un atteggiamento di "*disprezzo*" verso il bene giuridico offeso; atteggiamento che dovrebbe emergere dalla posizione emotiva del soggetto stesso nei confronti dell'evento, e che consentirebbe, in pratica, di colmare quel *deficit* di riprovevolezza che altrimenti caratterizzerebbe il dolo eventuale rispetto a quello intenzionale e diretto. Il concetto di disprezzo viene individuato secondo criteri tradizionali, afferma infatti l'Autore: "*[…] chi ha agito con la convinzione o con la sicura fiducia che l'evento, pur previsto come possibile, non si verificherà, non mostra quell'atteggiamento verso il bene tutelato che contraddistingue il dolo eventuale*"[572].

Tale impostazione, che ha il suo maggior vantaggio nel sottolineare come "*la colpevolezza per l'accettazione del rischio non consentito dalla legge corrisponde a quella propria del reato colposo*"[573], sembra, inoltre, comportare l'ulteriore pregio di un rispetto del principio di colpevolezza più compiuto di quanto non avvenga nella teoria da cui prende le mosse; all'interno di questa, infatti, il *Pagliaro* delimita ulteriormente la sfera del dolo eventuale, restringendola ai soli casi di maggiore riprovevolezza del comportamento dell'agente[574]. Anche tale teoria, tuttavia, non può essere pienamente accolta, essendo ad essa estensibili tutte le critiche già antecedentemente avanzate alle teorie tradizionali[575].

---

570 In tal senso cfr., P. VENEZIANI, *op.loc.cit*., p.273. Vedi anche, *supra*, considerazioni introduttive, §1.

571 Così, A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza*? (*in tema di dolo eventuale, dolus in re ipsa ed errore su legge extrapenale)*, in *AA.VV. Le discrasia tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p.116; ID, *Principi op.loc.cit.,* p.273.

572 Così, A. PAGLIARO, *op.loc.ult.cit*. Ma appare qui evidente come per accertare l'atteggiamento di "*disprezzo*" nei confronti dell'oggetto della tutela, si finisca con il richiamare in causa elementi come la fiducia nella mancata verificazione dell'evento non voluto, la presunzione di poter dominare il rischio ecc.

573 Ancora A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, pt.gen*., 7^ed, Milano, 2000, p.276; ID, *Discrasie, op.loc.cit.*, p.322.

574 Sulla stessa posizione, come più volte già rilevato, anche D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo, op.cit.* p.41, che riteneva che il dolo eventuale dovesse trovare rilevanza solamente nei casi limite.

575 Così, può in particolar modo porsi l'accento su come "*agire con disprezzo*" secondo Pagliaro, sta ad indicare una sorta di partecipazione del soggetto all'evento quasi come fosse voluto. Il miglior criterio per individuare chi agisce con disprezzo è pero *la prima formula di Frank* ove, infatti, si afferma che se dall'esame del carattere del reo, (e soprattutto dal modo con cui egli ha perseguito il suo fine) risulta che egli avrebbe agito ugualmente anche se avesse previsto l'evento come certo, il dolo sussiste in quanto il soggetto ha agito in spregio dei beni che ha leso. Dall'esame della suddetta impostazione risulta come in realtà vengano riproposti, anche se in forma diversa e riassuntiva, i criteri elaborati dalla dottrina tradizionale, riproponendosi così gli stessi limiti ad essa

Un'altra ricostruzione alternativa alla classica teoria del rischio, è quella formulata da *Salvatore Prosdocimi* nel tentativo di proporre la *teoria dell'accettazione* emendandola da quei limiti che le sono contestati in dottrina. In particolare l'Autore afferma che ciò che distingue il dolo eventuale dalla colpa cosciente è non tanto l'accettazione del rischio di produrre l'evento, che come abbiamo visto può radicarsi anche in un comportamento colposo[576], quanto la "*fisionomia e struttura di tale accettazione*"[577]. È necessario appurare, cioè, se il rischio è stato accettato per negligenza, imprudenza, imperizia od, invece, a seguito di un bilanciamento, di una valutazione d'interessi, quale "*prezzo*" per il raggiungimento di uno specifico risultato intenzionalmente perseguito, cui l'agente ha consapevolmente, deliberatamente ritenuto, valesse la pena di sacrificare altro bene, associando mentalmente l'eventuale sacrificio al risultato desiderato.

Effettivamente, tale impostazione si presenta meno difettosa rispetto alla teoria tradizionale perché sembra tener conto in maniera più consistente dell'effettivo stato psicologico che accompagna il soggetto nella realizzazione della condotta, dando altresì peso alla rilevanza che nell'ambito della colpa cosciente ha la violazione delle norme di diligenza. Essa inoltre cerca di recuperare anche, per il dolo eventuale, quel momento intenzionale che caratterizza il dolo puro e semplice, individuando nella "*fisionomia dell'accettazione*" il nesso che lega dolo eventuale ed intenzione del reo[578].

In realtà, nemmeno il suddetto criterio va esente da critiche. Affermare, infatti, che il discrimine fra dolo e colpa è l'atteggiamento del soggetto nei confronti dell'accettazione del rischio (si avrebbe dolo eventuale quando il rischio fosse accettato a seguito di un'opzione; si verserebbe invece in colpa cosciente quando il rischio fosse accettato per negligenza) comporta uno spostamento dell'oggetto del dolo e della colpa dall'evento, materiale o giuridico, ad uno stato soggettivo quale l'accettazione del rischio che, come più volte

---

connaturali. Chi "*disprezza*", infatti, non necessariamente "*vuole*": ragionare diversamente significherebbe non tener conto della reale situazione psicologica che caratterizzerebbe il soggetto al momento dell'azione essendo, come gia visto, ben possibile disprezzare il bene giuridico che si è venuti a ledere, senza tuttavia volerne la lesione. Deve quindi concludersi che il disprezzo è uno stato psicologico che può ben essere compatibile tanto con il dolo quanto con la colpa in quanto si configura come un *aliud* rispetto ad essi. Se si argomentasse diversamente si finirebbe con il correre il rischio di ricadere, anche su tale versante, per punire un dolo d'autore, cioè, un carattere dello stesso agente o il modo di porsi dello stesso nel contesto sociale. In tal senso cfr., G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa, op.cit.*, p.273.

576 Vedi *supra*, cap.III°, §5°, *passim*.

577 In tal senso, S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit.*, pp.45 ss; ID, *voce Reato doloso, op. e loc.cit*., p.244.

578 Così, cfr., VENEZIANI P., *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.loc.cit*.

sottolineato, si rivela essere di natura piuttosto incerta. Anche quest'ultimo Autore, dunque, con l'intento di dimostrare le differenze tra dolo eventuale e colpa cosciente, finisce con il rivelare il proprio attaccamento – comune alla dottrina e alla giurisprudenza[579]– ad una figura che è in realtà sembra apparire e rivelarsi come priva di un autentico e pieno coefficiente volitivo; ben più rispondente al dato normativo sarebbe stato ammettere che, in realtà, quei comportamenti che si considerano imputabili a titolo di dolo eventuale rientrano nell'ambito della colpa aggravata[580].

A rischio di pedanteria va ancora una volta ricordato, infatti, che per aversi dolo l'evento deve essere voluto, e per volontà si deve intendere una partecipazione effettiva del soggetto all'evento; se questo è stato invece cagionato da negligenza, si avrà colpa, eventualmente aggravata nei casi più riprovevoli, non importando a riguardo né se vi sia stata accettazione del rischio, né se la medesima sia stata debitamente messa in conto o prevista dall'agente.

Un recente tentativo, finemente argomentato, di salvare il dolo eventuale, è poi quello che fa leva sul criterio dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, come criterio distintivo tra colpa cosciente e dolo eventuale, nel senso che, mentre nel primo caso è sempre possibile rinvenire un'agente modello, su cui parametrare una condotta illecita, nel secondo il rischio è troppo elevato per individuare un'agente modello che se lo assuma e una regola cautelare che possa dirsi violata[581], l'esistenza della quale presupporrebbe comunque che si operasse in un contesto illecito di base. In chiave positiva, il dolo eventuale si configurerebbe, poi, per un'accettazione dell'evento o del fatto, anziché del mero rischio, come è stato previsto anche dal Progetto Grosso e nel più recente Progetto Pisapia, di riforma del codice penale.

A questa tesi, però, può muoversi l'obiezione di una eccesiva "normativizzazione" del dolo, che finisce per assumere le sembianze del cosi detto *dolus in re ipsa*, come risulta per altro evidente dal doppio riferimento, da un lato, all'*homo eiusdem condicionis et professionis* e, dall'altro, alla sussistenza o meno della regola cautelare applicabile. Entrambi i criteri, infatti, sono caratteristici, come è stato già ampiamente dimostrato, della colpa e non del dolo, proprio perché la prima, a differenza del secondo, ha una natura più propriamente normativa,

---

579 Vedi *supra*, cap.III°, §5, ed *ivi* nota n°122.

580 In tal senso cfr., G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa*, *op.loc.cit.*, p.267.

581 Tale è il principio discretivo sul quale si basa la teoria elaborata da S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, *op.loc.cit*.

che psicologica.[582]

Tale formula, pertanto, non sembra introdurre un criterio univoco di distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione, soprattutto se si considera che non sempre il confine tra rischio consentito o lecito e situazione tipica di base emerge con la necessaria nettezza. Inoltre, deve ritenersi che anche nella colpa cosciente una certa dose di accettazione del rischio è implicita nella psiche dell'agente, per cui il criterio in parola non sembra aggiungere nulla di veramente significativo sul versante deliberativo-volontaristico. Per quanto riguarda, invece, l'unica parte minimamente psicologica o volontaristica che residua nel dolo eventuale, è cioè, la circostanza che l'agente, per così dire, si sia "rassegnato" alla verificazione dell'evento, la sessa rappresenta un fatto del tutto interiore, la prova del quale è difficilmente desumibile dal comportamento esteriore dell'agente stesso.[583]

- 7) ***La configurabilità del dolo eventuale come realtà riconducibile alla colpa con previsione.***

Proprio muovendo i primi passi dalle critiche or ora illustrate, sta di recente prendendo piede, con efficacia e consensi sempre maggiori – sia sul versante teorico che nel diritto positivo[584]– la teoria secondo la quale il dolo eventuale non sarebbe considerabile come

---

582 Così: A. MANNA, *Corso di diritto penale, Pt.Gen*., vol.I°, Padova, 2007, p.328.

583 In tal senso ancora A. MANNA, *op.loc.ult.cit*., il quale rivela che proprio per l'impossibilità di specificare i limiti tra dolo e colpa, negli ordinamenti stranieri quali quello francese ed anglosassone, si sono individuati delle forme intermedie di colpevolezza quali la *reklessness* o la deliberata messa in pericolo dell'altrui persona. Conclude pertanto l'A. che le soluzione adottate all'estero suggeriscono, in chiave di riforma, l'opportunità che anche nel nostro sistema sia introdotto un istituto che tipizzi una terza forma di colpevolezza secondo il modello francese che liita la nuova forma in questione esclusivamente al bene giuridico principale, ovvero quello della vita, senza estenderla a tutti i beni giuridici penalmente tutelati. Sulle medesime posizioni anche F. CURI, *Tertium datur*, *op.loc.cit.*, e ancora A. MANNA, *Alla ricerca di una terza forma tra dolo e colpa*, in A. CADOPPI, (a cura di) *Verso un codice penale modello per l'Europa – Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, pp.239 e ss.

584 Per quanto riguarda, infatti, il versante giurisprudenziale continua ad essere, come detto, indiscutibilmente predominante il criterio dell'accettazione del rischio. Va tuttavia sottolineato come il nuovo orientamento stia lentamente facendo braccia anche su questo versante, R. RIZ, *op.cit.*, p.260, indica a riguardo il caso deciso dal tribunale di Cremona, con sentenza 14 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, II, p.348 con nota adesiva di S. NICOSIA, caso in cui il tribuna le ha ritenuto che " *debba rispondere di omicidio doloso, commesso con dolo eventuale, colui che pienamente consapevole del suo stato di sieropositività e delle modalità di contagio del'H.I.V., intrattiene con il proprio ignaro partner, nel corso di una relazione esclusiva di fidanzamento e poi di matrimonio durata per circa dieci anni, una pluralità di rapporti sessuali non protetti, accettando così l'alto rischio, poi effettivamente concretatosi, tanto de possibile contagio che del probabile esito letale poi*

figura giuridica direttamente riconducibile al dolo, ma come una sorta di "*doppione mascherato*"della colpa con previsione[585]. Tale tipo di ricostruzione – in verità ancora minoritaria benché non siano mai mancate voci, anche autorevoli, che abbiano contestato il riconoscimento della forma eventuale come autentica tipologia di dolo[586] – sembrerebbe avere dalla sua argomentazioni particolarmente valide e fondate, prima tra tutte il fatto che la legge italiana non contenga riferimenti espressi alla figura del dolo eventuale. La *species* giuridica dell'*eventueller Vorsatz*, come gia visto, è nata infatti da un'opera di interpretazione estensiva realizzata dalla dottrina e della giurisprudenza, che delinearono il dolo secondo un'accezione più ampia di quella contenuta nel dettato normativo, ritenendo che la formulazione dell'articolo 43 c.p., non fosse direttamente vincolante[587] e non decretasse la radicale negazione dell'istituto[588].

Pur senza sposare a riguardo le tesi più estreme, quali ad esempio quella avanzata da *Von Liszt* che non esita a definire il dolo eventuale come "un invenzione di giuristi *adottrinatori* e *reazionari*"[589], non può negarsi che già la sola genesi storica dell'istituto[590]

---

verificatosi". In riferimento a tale pronunciamento la Corte d'Assise d'appello di Brescia ha tuttavia qualificato il fatto come omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento (sentenza 26 settembre 2000, in Foro It., 2001, vol.II°, pp.285ss.) e la Corte di Cassazione ha confermato quest'ultima tesi.

585 In tal senso, G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa, op.loc.cit.,* p.276; ID, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità, op.loc.cit., passim.*

586 Come già indicato da S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit.,* p.3, l'idea che il dolo eventuale non costituisca un'autentica forma di dolo, era stata già anticipata autorevolmente da L. Von BAR, *Dolus eventualis?,* in *ZStW,* 1898, pp.584 ss. Sul finire del secolo scorso l'autore tedesco in un interessante saggio dal titolo provocatoriamente concluso con un punto interrogativo, sferrava nella dottrina tedesca un violento attacco contro tale forma di dolo, stigmatizzata come "*prodotto e retaggio di modelli sostanziali iniqui e storicamente superati, inafferrabile piovra tesa ad attrarre nell'ambito del dolo contegni solamente colposi o del tutto incolpevoli, Fantasma e lacciolo dal quale la fiducia del cittadino nella giustizia penale poteva essere seriamente scossa*". Tale posizione è stata successivamente ripresa da R. PANNAIN**,** *Manuale di diritto penale*, 4^ed., Torino, 1967, p.376, in base alla considerazione che se il codice Rocco, tra la teoria della rappresentazione e quella della volontà, ha accolto quest'ultima ciò significa la sostanziale incompatibilità ditale forma di colpevolezza con quegli atteggiamenti psichici in cui è fortemente dubbio la sussistenza di un effettivo coefficiente volitivo. Tale posizione sembra, d'altronde, rifarsi a quella precedentemente sostenuta da A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione di dolo, op.loc.cit*. pag. 153, secondo cui i casi tipicamente ricondotti al paradigma del dolo eventuale rappresentano in realtà un tipico "*atteggiamento subiettivo di imprudenza o temerarietà non dolo*". Per l'analisi delle varie posizioni elaborate tra teoria della volontà e teoria della rappresentazione vedi *supra*, §4°.

587 Vedi *supra,* cap.III°, §2°.

588 *Contra,* A. ROCCO, vedi ampiamente, *supra,* cap.II° §10.

589 In tal senso Von LISZT., *Die behandlung des dolus eventualis im strafracht und strafprozess*, citazione presa da J. DE FARIA COSTA, *Le definizioni legali del dolo e della colpa quali semplificazioni delle norme definitorie*

riveli in modo inequivoco come esso sia stato teorizzato per soddisfare esigenze di imputazione tutt'altro che riferibili al dolo[591].

In secondo luogo, ma non per ultimo, elemento determinante per il superamento del dolo eventuale è ritenuto essere il tenore letterario del dato normativo contenuto negli articoli 43, e 61, n°3, del codice penale. Molto chiaramente, infatti, e come antecedentemente più volte sottolineato, l'articolo 43 c.p., (cui va necessariamente riconosciuto un autentico e diretto valore precettivo) incentra la distinzione tra dolo e colpa riferendola alla volizione dell'evento pericoloso. A riprova di ciò già a livello di lavori preparatori del codice, emerse un autorevole parere negativo in ordine alla configurabilità dell'istituto[592]: lo stesso *Arturo Rocco* dichiarò, infatti, che nel contesto della dicotomia tra teoria della volontà e teoria della rappresentazione[593] la scelta legislativa era caduta sulla prima con la conseguenza che l'evento non dovesse essere solo previsto ma voluto, affermando in proposito letteralmente che "*Se non ho voluto produrre quel danno benché lo abbia preveduto, ciò non basta per essere in dolo*"[594]; al di là di tale contesto è dunque lecito parlare solamente di colpa. Individuando il dolo come figura "*secondo l'intenzione*", caratterizzata da previsione e volontà, Rocco, aveva dunque deliberatamente negato l'esistenza del dolo eventuale, tanto più che la colpa era stata parallelamente ricostruita all'articolo 43, terzo comma, c.p., come

---

del diritto penale, in AA.VV. a cura di A. CADOPPI, in *Omnis definitio est in jure periculosa? Il problema delle definizioni lefali nel diritto penale*, Padova, 1996, p.268.

590 Vedi *supra,* cap.II°, §1°.

591 In tal senso G. FORTE, *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.loc.cit*. in argomento è particolarmente interessante notare come la figura del dolo eventuale affondi le proprie radici in quegli ambiti caratterizzati dal *versari in re illicita,* e come, un poco alla volta, dalla mera responsabilità oggettiva per l'evento non voluto cagionato nel quadro di un'attività dolosa, essa abbia finito col rappresentare la responsabilità per l'evento ulteriore oggettivamente probabile, finendo in tal modo con l'incentrarsi in un minimo di colpevolezza. Tale coefficiente di colpevolezza non è mai consistito in un'autentica forma di dolo, in quanto l'uso che è stato fatto del dolo eventuale in epoca recente è giustificato da esigenze tutt'altro che relative all'imputazione soggettiva dell'evento. Con tali ultime affermazioni s'intende far riferimento a quella prassi giudiziaria che tendeva a ravvisare, nei casi di lesioni gravissime, un tentato omicidio accompagnato dal dolo eventuale: è evidente come si è inteso soddisfare esigenze di carattere squisitamente repressivo finendo in tal modo per strumentalizzare la libertà personale in un'autentica politica giudiziaria. Per l'analisi storica del dolo eventuale vedi *supra*, cap.I°, *passim*.

592 Così, G. LICCI, *Il dolo eventuale op. e loc.cit.*, p.1499.

593 Vedi *supra,* cap.III°, §4°.

594 In tal senso, A. ROCCO, *Lavori preparatori,* vol.IV°, p.139. La posizione di Rocco fu condivisa in sede di lavori preparatori anche dal MASSARI il quale ribadì che la sola previsione non è sufficiente ai fini della configurazione del dolo. Vedi *supra,* cap.I°, §10.

simmetrico negativo del dolo e, dunque, come figura "*contro l'intenzione"* perché, *ivi*, l'evento, ancorché preveduto non è tuttavia voluto[595]. Poiché la teoria in esame postula la conduzione del dolo eventuale nell'alveo della colpa con previsione, importante a questo punto della trattazione è procedere ad una concisa analisi dell'istituto della colpa ed in particolar modo della colpa cosciente, di cui si dovrà spiegare la *ratio* della maggior gravità rispetto alla forma base. Iniziando dai delitti colposi, come correttamente ha scritto *Hans Welzel* "*Questi devono la loro esistenza al fatto che l'uomo non è capace in senso assoluto di antivedere l'esito del suo agire, e foggiare così il futuro*"[596]. A differenza di Dio, Essere Perfettissimo, Onnisciente ed Onnipotente, l'uomo non può né prevedere né evitare una parte piuttosto consistente dei suoi atti volontari; i quali vengono immancabilmente ad essere compiuti, nella generalità dei casi, senza la benché minima cognizione delle conseguenze che produrranno[597]. Ciò nonostante, nel *genus* degli atti umani esiste anche una differente *species* di azioni caratterizzate dalla prevedibilità dei propri effetti, azioni che l'agente avrebbe potuto certamente antivedere, e dunque impedire, qualora avesse usato una maggior diligenza. Per questo l'illustre penalista tedesco conclude che "*di fronte alle fattispecie finalistiche dei delitti dolosi, la fattispecie dei delitti colposi è una pura fattispecie causale, la cui antigiuridicità consiste in una lesione puramente involontaria e dunque non finalistica, dei beni giuridici, dalla quale vanno però eliminate tutte le attività socialmente adeguate*". La colpa è dunque costituita dalla riprovevolezza del processo formativo della volontà, perché, con una maggiore diligenza, o prudenza, o accortezza, o con l'osservazione di leggi regolamenti, ordini o discipline, l'agente avrebbe potuto orientare il suo volere, e quindi determinare il proprio *modus operandi* in maniera tale da evitare l'evento non voluto.

Per quanto riguarda invece la colpa cosciente – per via dell'*elemento comune* della *previsione dell'evento antigiuridico* da parte dell'autore del delitto (ricavabile dall'articolo 43 c.p. e dall'articolo 61, n°3, c.p.[598]) – è definibile, come indicato gia da Accursio, *dolo proxima:* perché del più elevato grado di colpevolezza condivide il *momento rappresentativo*, mentre ne è l*'elemento differenziale* la *volontà dell'evento*, estremo che caratterizza infatti il

---

595 Si afferma chiaramente in dottrina (v. fra gli altri F. MANTOVANI, *Diritto penale, op.cit.,* pp.341 ss.) come la colpa rappresenti l'esatto "*simmetrico negativo*" del dolo in quanto essa, seppur possa condividere con il dolo l'elemento rappresentativo, difetta di un'autentica volizione: la colpa consiste, infatti, in una non volontà del fatto materiale tipico.

596 Così, H. WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina del dolo, op.loc.cit.,* pp.13 s.

597 In tal senso cfr., V. SCORDAMAGLIA, *Atti del convegno di Villa Mondragone, op.cit*., p.3.

598 Vedi *supra*, cap.III°, §5°.

dolo. Essa risulta dunque contraddistinta per espresso riconoscimento dell'articolo 61,n°3, c.p. "*dall'aver agito nonostante la previsione dell'evento*" ed è per questo che, a giusta ragione – attesa la maggior riprovevolezza e pericolosità del fatto – l'ordinamento ha preveduto una circostanza aggravante del reato e, perciò, un aumento della pena corrispondente[599].

Più precisamente la colpa con previsione, per esser tale, deve connotarsi per un *quid pluris* rispetto alla semplice violazione involontaria del dovere di diligenza; in altre parole pur se partecipa (non potrebbe essere diversamente) dell'essenza della colpa, essa è connotata da un particolare modo di atteggiarsi del soggetto rispetto all'evento, consistente in una presa di coscienza del carattere rimproverabile della condotta posta in essere e nella consapevolezza di aumentare con il proprio agire – riconosciuto come negligente –, il rischio della causazione dell'illecito. La maggior gravità della colpa con previsione rispetto alla colpa non aggravata, risiede, dunque, nel fatto che la rappresentazione del concreto pericolo di cagionare l'evento avrebbe dovuto costituire un richiamo più incisivo all'impiego della prudenza necessaria ad evitarlo.

Alla luce del referente normativo, dunque, vi è una netta distinzione della responsabilità dolosa da quella colposa, diversità che è basata sul diverso modo di atteggiarsi della psiche del soggetto: da una parte produzione di un evento effettivamente voluto, dall'altra la produzione dell'evento mediante un agire non conforme alle regole di accortezza pur ove sia riscontrabile in esso un *quid* di adesione emozionale in termini di volontà della condotta o di mera rappresentazione del possibile verificarsi dell'accadimento che tuttavia permane non voluto. Questo per ribadire che qualora venga a verificarsi una situazione connotata dalla presenza di un momento di partecipazione psichica maggiormente riprovevole rispetto alla semplice colpa, ma tuttavia non ancora tale da presentare appieno i connotati richiesti dal dato normativo per la configurabilità del dolo – cioè una piena ed autentica volizione – tale situazione non potrà essere ricondotta alla più grave forma del normale titolo d'imputazione soggettiva tramite l'espediente creativo del dolo eventuale. Invece, andrà necessariamente fatta rientrare nella colpa con previsione dell'evento in quanto perfettamente rispondente alla fattispecie che il legislatore con l'articolo 61, n°3, ha inteso specificatamente disciplinare. Diversamente si finirebbe per violare l'art. 25 Cost. laddove vieta l'interpretazione analogica della legge penale. Da tale ultima riflessione emerge un ulteriore dato a sostegno della tesi de quo: equiparare a volizione stati soggettivi che, come visto, da

[599] In tal senso, ancora V. SCORDAMAGLIA, *op.loc.cit.*, p.6.

essa si differenziano, significa estendere la disciplina più rigorosa del dolo oltre i casi espressamente previsti al solo fine di attuare in senso più rigoroso il trattamento di quella costellazione di accadimenti caratterizzati da una maggiore riprovevolezza soggettiva dell'agire rispetto alla semplice colpa, ma che neppure possono ritenersi dolo in senso proprio. Si tratta in altre parole di un'interpretazione analogica *in malam partem*[600].

A ben vedere neppure sarebbe in generale ammissibile un'interpretazione analogica. Se, infatti, in base al disposto di cui all'art. 12 delle preleggi il giudice può ricorrere ad un'estensione analogica per colmare un vuoto normativo, nel caso del dolo eventuale una c.d. "lacuna" neppure sarebbe ipotizzabile dal momento che quei casi che comunemente ad esso si riconducono sono stati presi in considerazione dal legislatore allorché definiva all'art. 61, n. 3, la colpa aggravata dalla previsione dell'evento. Tale norma prende infatti espressamente in considerazione quei casi caratterizzati dall'agire del soggetto nella consapevolezza della rischiosità del proprio comportamento[601].

Se il superamento del dolo eventuale come prospettato sembrerebbe adeguarsi meglio al nostro ordinamento esso non è tuttavia esente da critiche. Nel momento in cui si mette in discussione la stessa esistenza del dolo eventuale si va incontro, inevitabilmente, ad un vuoto di tutela con conseguente frustrazione delle di tutte quelle esigenze general-preventive che ne avevano indotto la creazione: infatti, nel momento in cui la norma penale punisce solo comportamenti dolosi, coloro che agiscono ugualmente, nonostante il possibile, probabile verificarsi dell'evento, insomma, che accettano il rischio, andrebbero variamente esenti da

---

600 In tal senso, G. FORTE, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità, op.loc.cit.,* p.836 che aggiunge che se, infatti, l'agire doloso è caratterizzato da un controllo attuale della causalità, da un dominio del fatto assente nella colpa esprimendo esso il più "*stretto legame possibile tra chi agisce e le conseguenze della propria condotta*", in altre parole un momento decisionale che dirige la condotta verso la lesione del bene giuridico, equiparare ad esso situazioni in cui il risultato non è perseguito ma solo previsto in termini di possibilità, pur se è individuabile un momento decisionale "attenuato", significa estendere la portata normativa espressa dall'art. 43 c.p., 1° comma, oltre i casi cui essa fa riferimento, quasi a voler colmare un vuoto normativo attuando in tal modo una palese violazione del dato costituzionale. In senso analogo E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Corso di diritto penale, op.cit.,* pp.193 ss. I quali chiariscono efficacemente che il divieto di interpretazione analogica si rivolge oltre che al legislatore con il divieto di creare fattispecie con analogie esplicite, anche al giudice, vietando di applicare ad un caso in cui è presente un vuoto normativo la disciplina di un caso simile in base alla medesima ratio, finendo per divenire egli stesso fonte dei produzione del diritto penale Fra gli altri, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozioni ed aspetti costituzionali,* I, Milano, 1965; G. VASSALLI, *voce Nullum crimen sine lege*, in *Nuoviss. Dig. it.,*Vol.Xl°, 1965, pp.493 ss.; ID., *voce Nullum crimen, nulla pena sine lege*, in *Dig.Disc.pen.,* vol.VIII°, Torino, pp.307 ss.; GRASSO G., *Il principio "nullum crimen, nulla pena sine lege" nella Costituzione italiana,* 1972; G. MARINI, voce *NulIum crimen, nulla pena sine lege*, in *Enc.dir.*, vol.XXVIII°, Milano, 1978, p.950; F. C. PALAZZO, *Il Principio di determinatezza nel diritto penale,* Padova, 1979; M. TRAPANI, *voce Legge penale* in *Enc.giur.Treccani,* vol.XVIII°, Roma, 1990.

601 In tal senso G. FORTE, *op.loc.ult.cit*.

pena laddove il fatto non contempli una corrispondente ipotesi colposa. Bisogna, pero, pur sempre tener presente che una prospettiva di carattere sanzionatorio non può da sola giustificare il comportamento della giurisprudenza che finisce con lo snaturare la considerazione del dato positivo.

I limiti più consistenti di tale teoria, sono tuttavia duplici: in primo luogo essa potrebbe far sorgere la tentazione di un'interpretazione *a contrario,* vale a dire nel senso della riconduzione della colpa con previsione nell'alveo del dolo, con un eccessivo inasprimento del trattamento sanzionatorio e l'evidente misconoscimento del minore disvalore criminale del fatto. In secondo luogo, pur evidenziando correttamente come il dolo eventuale si riveli spesso una figura giuridica più prossima alla colpa cosciente di quanto non lo sia nei confronti del dolo *strictu senso* inteso, essa perviene ad una conclusione eccessiva rispetto alle premesse poste, non ravvisando come le due situazioni giuridiche in esame siano caratterizzate da un differente configurarsi dell'*animus* dell'agente[602]. Così, non sembra riconoscersi che mentre nella colpa cosciente (qualificata tale, come detto, proprio per la piena consapevolezza della possibile – persino probabile – lesione del bene giuridico tutelato dal diritto) l'evento è ritenuto insuscettibile di avveramento[603] da parte dell'agente che confida nella propria *abilità nel dominare il rischio* ed essere in grado di scongiurare un simile evento antigiuridico; nel dolo eventuale, invece, lo stesso evento (preveduto come possibile o "non improbabile") *non è neanche valutato circa la sua evitabilità*[604]. L'agente – senza alcun indugio, trascurando perciò le stesse regole di diligenza oggettiva in relazione all'eventuale lesione del bene protetto – realizza il fatto progettato, "*infischiandosene*"[605] completamente degli accadimenti accessori che vengano ad associarsi casualmente ad esso. E' proprio in tale indifferenza, intrisa di senso di rivolta verso l'ordine giuridico, ed esprimente

---

602 Stante l'identicità dell'azione materiale, la distinzione tra il dolo eventuale, la colpa cosciente, e dolo diretto, risiede, infatti, nell'*animus* dell'agente stesso. A riguardo è particolarmente esplicativo l'esempio di EBERHARD SCHMIDT (Cfr., *Der Arzt Strafrecht, Leipzig*, 1939, pp.88 ss., già citato in V. SCORDAMAGLIA, *op.loc.cit*., p.4) cui piaceva ricordare che, in una prospettiva soltanto naturalistico-causale, "*il bisturi del chirurgo si sarebbe dovuto veder equiparato al pugnale del delinquente*". Un paradosso il cui intrinseco momento di realtà può crescere sino a diventare pervasivo.

603 Non deve trattarsi di sicura esclusione dell'evento perché, altrimenti – come ha osservato con attenzione A. PAGLIARO, *Principi, op.cit*., p.277, "*se il soggetto esclude con certezza che l'evento si verificherà l'evento stesso non è più preveduto come possibile. In tale ipotesi, perciò,* (precisa l'illustre Autore) *la colpa, se pure si configura, è una colpa senza previsione dell'evento*".

604 In tal senso cfr., ancora V. SCORDAMAGLIA, *op.loc.cit*., p.7.

605 L'espressione, anche se non delle più eleganti, è tuttavia quella che risulta maggiormente idonea a descrivere con un unico vocabolo l'effettivo *animus* dell'agente.

un "*tenere a vile*" un bene-interesse primario tutelato dall'ordinamento, che risiede la distinzione più consistente tra il dolo eventuale e la colpa cosciente, e con essa l'impossibilità di sovrapporre la prima figura giuridica con la seconda.

Se dunque le forzature interpretative cui abbiamo fatto antecedentemente riferimento risiedono in istanze general–preventive sarebbe allora opportuno un intervento del legislatore che estendesse l'entità della punibilità per colpa, dove naturalmente ci siano effettive esigenze di protezione di beni di rilevanza costituzionale, o, quantomeno, per quel tipo di colpa che è caratterizzata dalla coscienza del rischio di provocare l'evento. In realtà, la soluzione che meglio di tutte potrebbe porre fine alla diatriba che da sempre ha affaticato la dottrina che si è occupata del dolo, ed anche alle soluzioni oscillanti cui è pervenuta la giurisprudenza, parrebbe quella di un'esplicita previsione della figura che attualmente si continua a definire "dolo eventuale", che naturalmente rispetti il principio costituzionale di determinatezza. Certo, *omnis definitio est periculosa in jure,* ma a questo si può controbattere che nella materia in esame una definizione di carattere legislativo è inevitabile, specie in un ordinamento di carattere rigidamente formale quale quello italiano, in quanto ciò è imposto dalle esigenze dell'ordinamento stesso: non si può, infatti lasciarsi all'insicurezza delle elaborazioni giurisprudenziali l'individuazione di concetti che andrebbero anzi descritti in termini di tassatività[606].

Sino a quel momento dal punto di vista strettamente applicativo non sembra prospettarsi altra soluzione che quella di estendere il principio del *favor rei*[607] alla guida dei rapporti intercorrenti tra dolo eventuale e colpa cosciente specie nell'indagine probatoria volta a provare la loro sussistenza. Tale soluzione si spiega in base all'osservazione che solamente

606 In tal senso ancora, G. FORTE, *op.loc.ult.cit.*

607 Come precisa la dottrina che si è occupata del tema — si veda, per tutti, G. LOZZI, voce *Favor rei, in Enc.Dir.*, vol.XVII°, Milano, 1968, pp.10 ss. — al *favor rei,* inteso come principio ispiratore di vari istituti sia nel momento della loro normativizzazione che in quello della loro concreta applicazione ad opera del giudice, si fa riferimento sia nel diritto penale sostanziale che in quello processuale. Esso rappresenta, come molto efficacemente ha sostenuto autorevole dottrina — G. BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale,* Padova, 1966, p.213 — "*principio basilare di tutta la legislazione penale processuale di uno Stato ispirato a un criterio superiore di libertà*". Esso sembra, d'altronde, trovare un preciso referente costituzionale nell'art. 27, 2° comma, Cost. dove si afferma che l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva, ciò implicando che solo allorché sia intervenuta una decisione del giudice, sopportata da un preciso e completo quadro probatorio potrà addivenirsi alla condanna dell'imputato. Ed è con riferimento al principio del *favor rei* che trovano spiegazione l'applicazione dell'art. 530, 2° comma, c.p.p., in base al quale "il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando... è insufficiente la prova che il fatto ... costituisce reato ...". Detta norma in altri termini individua nel *favor rei* una regola di giudizio da applicare nel caso di prova mancante o insufficiente e che si concretizza appunto nella specifica regola *in dubio pro reo.*

operando in tal modo sembra di poter riuscire a salvaguardare sia le importanti prerogative che all'evento competono sul versante soggettivo (e che un indiscriminato utilizzo del dolo eventuale finirebbe immancabilmente con il frustrare) sia l'esigenza di punire un determinato comportamento a titolo di dolo solamente dove si sia potuta accertare la presenza di un autentica e piena volizione[608].

- 8) <u>Le incompatibilità sistematiche del dolo eventuale come ulteriore conferma della sua estraneità al codice penale vigente. Il dolo eventuale ed il delitto tentato.</u>

L'estraneità del dolo eventuale all'impianto normativo del codice penale vigente, oltre ad essere suffragata sul piano teorico dalla dottrina più recente, è parimenti riscontrabile anche in ambito sistematico, dove si rivela palese l'originaria opzione di Rocco per un codice in cui, a colmare il possibile iato che si fosse venuto a verificare tra la volizione e l'evento prodotto dalla condotta, fossero presenti esclusivamente la responsabilità oggettiva, da un lato, e l'aggravante della colpa con previsione, dall'altro. Come già rilevato antecedentemente[609], infatti, nel 1930 non ci sarebbe stato alcun bisogno di utilizzare il dolo eventuale essendo espressamente disciplinate, in particolare agli articoli 44, 82, 83 e 116, c.p., tutte quelle fattispecie in cui si sarebbe potuta verificata con maggior frequenza una discrasia tra il voluto ed il realizzato.

Oltre che nelle singole fattispecie indicate, un'incompatibilità difficilmente armonizzabile, se non addirittura ontologica, è inoltre evincibile tra il dolo eventuale e particolari categorie giuridiche quali i reati di pericolo astratto ed i reati omissivi impropri, oltre che, ovviamente, con la forma di manifestazione del reato del delitto tentato.

Quanto alla configurabilità di un dolo eventuale di pericolo, la dottrina risulta sostanzialmente divisa tra quanti ritengono che tale elemento soggettivo non sarebbe mai configurabile, in quanto consisterebbe in una mera previsione "*della possibilità della possibilità di un danno*" con conseguente iper-anticipazione della soglia di punibilità

[608] In tal senso cfr., N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, pp.286 s.; nello stesso senso sembra porsi anche M. DONINI, *Teoria del reato. Un introduzione*, Padova, 1966, pp.3 ss., il quale preferisce però parlare di "*onere*" di una scelta più favorevole all'imputato, nei casi soggettivamente dubbi. In tal senso sembra orientarsi la sentenza della Corte di Assise di Roma, 15 settembre 1999 (meglio nota come sentenza "Marta Russo") in *Guida al diritto, dossier mensili, I grandi processi*, n°9, ottobre 1999, con nota critica di Platano.

[609] Vedi, *supra*, cap.I°, §10.

penale[610], e quanti lo ritengono al contrario configurabile, valutando inaccettabile una perentoria restrizione del dolo di pericolo in tutti quei casi in cui la creazione di un rischio effettivo non può dirsi sicura, ma dipende da fattori presenti della cui esistenza l'autore non è a conoscenza, o futuri rispetto all'esecuzione della condotta tipica[611]. Tuttavia, quale che sia ritenuta l'opzione ermeneutica preferibile, laddove si rifletta sul fatto che l'esposizione anticipata a pericolo di un bene giuridico altrui non può essere equiparata alla realizzazione del risultato dannoso, dovrebbe essere agevole riconoscere che in certe tipologie di casi di pericolo concreto non si potrebbe neppure immaginare l'esistenza dei presupposti del *dolus eventualis*[612].

Altro contesto nel quale la configurabilità del dolo eventuale appare essere messa in discussione, quantomeno da una parte della dottrina[613], è quello del reato omissivo.

Poiché ovviamente, anche un delitto omissivo può essere realizzato con dolo, le regole generali dell'elemento soggettivo devono essere adattate, o adattabili, anche alla struttura dell'omissione. Perciò, per essere in dolo, il soggetto deve volere l'evento significativo, che nei reati di omissione pura corrisponde al mantenimento della situazione persistente. Come nei delitti commissivi non basta la volontà del puro dato naturalistico, così nei delitti omissivi non basta che sia voluta l'assenza di un certo comportamento, ma occorre che questa volontà sia stata illuminata dalla consapevolezza del significato umano e sociale di tale assenza. E poiché un'omissione è tale in quanto esista una norma, giuridica o sociale, che obblighi ad agire, non vi può essere dolo di omissione quando il soggetto non conosceva, seppur da

[610] In tal senso, per tutti: Arth. KAUFMANN, *Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*, in *JZ*, 1963, p.433.

[611] Così invece, S. CANESTRARI, Dolo eventuale e colpa cosciente, *op.loc.cit.,* p. 273 il quale ritenendo che la soluzione di Kaufmann sia eccessivamente semplicistica e trovi una giustificazione solamente in un giudizio di pericolosità che sia formulato esclusivamente in una rigida prospettiva *ex ante*, sostiene che laddove il soggetto si rappresenti come possibile o probabile l'avverarsi di circostanze pericolose ed accetti la loro eventuale produzione – che determina uno stato di crisi per il bene giuridico tutelato, viene in considerazione il concetto di dolo eventuale di pericolo.

[612] Basti pensare alle ipotesi in cui la creazione di un pericolo effettivo sia simultanea al perfezionamento della condotta rischiosa. Poiché, in tale abito, l'autore dovrebbe essere cosciente della indissolubile connessione tra condotta e pericolo affinché si possa configurare il dolo di pericolo, ci i troverebbe di fronte ad una situazione in cui vi sarebbe una raffigurazione del pericolo concreto come conseguenza necessaria; situazione in cui potrebbe venire in considerazione solamente il dolo diretto.

[613] Per tutti: A. PAGLIARO, *Principi*, *op.loc.cit.*, 2007, p.372. (e ancor prima, *Discrasie op.loc.ult.cit.*).

profano, la norma che lo obbligava[614]. Inoltre, nei delitti omissivi impropri, il dolo richiede, ex art. 47, ult. comma, c.p., la consapevolezza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento.[615]

Partendo da tali premesse si conclude che nei delitti di omissione impropria non sia configurabile il dolo eventuale[616]. Infatti: quando il soggetto, senza intervenire, lascia decorrere le serie causali pereesistenti verso un evento da lui previsto come una conseguenza accessoria della sua omissione, il puro fatto di accettare il rischio con atteggiamento di disprezzo verso il bene concretamente protetto non sembra, rispetto ai fini delle norme penali, equivalere alla volontà dell'evento.

Questa limitazione, sebbene non risulti esplicitamente da alcuna disposizione di legge, deve essere accolta ugualmente, perché deriva dalla logica interna della realizzazione del volere. Che la volizione di un certo evento possa realizzarsi anche con il semplice astenersi dall'intervenire nel mondo esterno è una posizione che risponde a verità solamente quando il soggetto tende allo stesso come fine ultimo. Se invece l'evento è rappresentato dall'agente come conseguenza necessaria o possibile del fatto che egli, per un fine diverso dall'ottenimento del risultato preso di mira, non compie una certa attività muscolare, il suo verificarsi a causa del naturale svolgimento di altri processi causali non può considerarsi una proiezione esterna dello scopo inerente al volere del soggetto. Ogni sana coscienza giuridica, infatti, avverte che sarebbe un'enormità punire per omicidio doloso chi, senza volere direttamente l'evento, si è tuttavia astenuto dall'agire per impedirlo. Ciò è dovuto al fatto che in tali casi l'evento non impedito non costituisce la realizzazione del volere dell'agente. La equiparazione tra il cagionare ed il non impedire, dunque, non vale nel campo del dolo eventuale.[617]

---

614 Così: M. MASUCCI, *'Fatto' e 'valore' nella definizione del dolo, op.cit*., 204. Il quale precisa che le normali regole di esperienza possono far concludere, in mancanza di prova contraria, che il soggetto aveva la conoscenza di tale norma.

615 Ancora A. PAGLIARO, *op.loc.ult.cit*., il quale evidenzia come in dottrina a volte si discuta se la configurabilità del dolo di omissione richieda anche la consapevolezza che era possibile attivarsi per uniformarsi a quanto richiedeva la norma di azione violata, ritenendo che il requisito esiste, ma non è esclusivo dell'omissione, in quanto rispecchia la generale esigenza di valutare a favore dell'agente un eventuale errore sulle circostanze di esclusione del reato ex art. 59 c.p. Secondo l'A., nel caso di specie, il soggetto che crede erroneamente di non avere la possibilità di agire si trova in un situazione putativa di forza maggiore ex art 45 c.p.

616 Così: A. PAGLIARO, *op.lc.cit.*; L. EUSEBI, *Il dolo nel diritto penale*, in *Studium juris*, 2000, p. 1076; VOLK K., *Dolus ex re*, in *Artur Kaufmann FS*, Heidelberg, 1993, pp.124 e s.

617 Ancora A. PAGLIARO, *op.loc.ult.cit.*, p.373.

Tra le peculiarità specifiche del dolo eventuale una delle più rilevanti è poi, indubbiamente, quella della sua incompatibilità ontologica con la forma di manifestazione del reato costituita dal delitto tentato.

Impegnata nella ricerca di una rigorosa linea di demarcazione delle condotte atte ad integrare gli elementi oggettivi della fattispecie tentata, la dottrina ha spesso, colpevolmente, relegato la trattazione e l'approfondimento sull'elemento psicologico ai margini degli studi dedicati a tale fondamentale tipologia del delitto[618]. Così facendo, essa ha finito col trascurare l'analisi delle implicazioni che tale indagine presenta ai fini di una corretta identificazione dei rapporti intercorrenti tra elementi oggettivi e componente soggettiva del tentativo: implicazioni che sono destinate ad assumere rilevanza, sia sotto il profilo della ricostruzione della struttura, che sotto quello della verifica, sul piano probatorio, dell'esistenza dei requisiti necessari per poter fondare la punibilità a tale titolo[619]. L'importanza di tale problematica sembra invece affiorare, in alcune significative pronunce giurisprudenziali, dalle quali si evince chiaramente come le scelte adottate in merito alla rilevanza da attribuire alle diverse forme in cui può atteggiarsi l'elemento psicologico del tentativo (*id est* sostanzialmente, le diverse forme del dolo) si accompagnino il più delle volte ad un determinato modo di interpretare i requisiti oggettivi di cui esso consta, rappresentati, com'è ben noto, dal carattere idoneo e non equivoco degli atti posti in essere[620].

---

618 In tal senso: G. DE FRANCESCO, *Fatto e colpevolezza nel delitto tentato*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1992, pp.703 ss. L'autore citato preferisce tuttavia parlare del tentativo come "*forma di manifestazione del reato*", nello stesso senso si esprimono altresì M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, p.181, B. PETROCELLI, *Il delitto tentato, Studi*, Padova, 1995, pp.30 ss. E. MORSELLI, *Il dolo eventuale nel delitto tentato, op.cit.*, p.36.

619 Costituiscono tuttavia una significativa eccezione le trattazioni di G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, 1990, pp.639 ss.; M. GALLO, *Le forme del reato*, 1967, p.63; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*,1973, pp.393 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, pp.524 ss.; M SINISCALCO, *La struttura, op.cit*., pp.205 ss., con particolare ampiezza, cfr., E. MORSELLI, *Il dolo eventuale nel delitto tentato*, in *Ind.pen*., 1978, pp.33 ss.; ID, *Il tentativo, in Giust.Pen.*, 1988, vol.II°, p.132; ID, Il *ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato,* 1989, pp.112 ss; G. DE FRANCESCO, *Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, pp.963 ss; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale (parte generale)*, Padova, 2000, p.510. Ulteriori ragguagli, anche se di minor ampiezza sono rinvenibili in T. PADOVANI, *Diritto penale*, 5^ed, Milano, 2001, p.360; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol.I°, Milano, 1995, art.56.

620 Sul punto possono consultarsi in particolar modo le pronunce della Cassazione 12 novembre 1990, in *Giust.Pen*., 1991, vol.II°, pp.387 s.; Cass. 23 ottobre 1989, in *Cass.Pen*., 1990, p.608; Cass., 23 marzo 1987, *ivi*, 1988, p.2067, con nota di M. DE SANCTIS, *Sulla compatibilità tra dolo eventuale e delitto tentato*.

Per la verità, nella stessa giurisprudenza, non mancano pronunce – tra le quali, in particolare, una notissima sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[621] – in cui viene sottolineata la necessità di tenere separati gli elementi oggettivi del tentativo da quelli che riguardano invece la sfera dell'elemento psicologico. Anzi, è proprio sulla base di tali premesse che il Supremo Collegio ha più volte, erroneamente, affermato la compatibilità con il delitto tentato della figura del dolo eventuale, escludendo che il carattere non equivoco degli atti posti in essere potesse assumere rilevanza anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo.

Dall'analisi storica dell'evoluzione dommatica dell'istituto del tentativo emerge tuttavia in maniera estremamente evidente che la ricostruzione dei connotati oggettivi si correla intimamente al profilo della direzione finalistica impressa dall'autore al proprio comportamento.

Fatta tale necessaria premessa, e rammentato ulteriormente come l'articolo 56 c.p., non contenga nessuna disciplina espressa dell'elemento soggettivo del tentativo, va segnalato come sia unanimemente riconosciuta, a prescindere dalla linea dottrinaria che si voglia seguire in materia, l'impossibilità di configurare l'imputabilità di un delitto tentato a titolo di colpa[622]. Tale principio, tanto consolidato da essere posto nella manualistica contemporanea come una vera e propria asserzione assiomatica, poggia in realtà su due ordini di motivazioni: la prima, edificata sulla cosiddetta incompatibilità "*ontologico-strutturale*" delle due categorie

621 Cfr., Cass., 18 giugno 1983, in *Cass.Pen*., 1984, pp.496 s.; *ivi*, 1985, p.1515, con nota di R. GUARALDO, *Dolo eventuale e delitto tentato: profili di un'incompatibilità*. La medesima sentenza è pubblicata altresì in *Mass.pen*., 1984, p.309, con nota di M. GALLO. In senso sostanzialmente analogo, Cass., 11 luglio 1988, in *Cass.Pen.*, 1990, p.233; Cass., 28 novembre1987, *ivi*, 1989, p.1746; Cass., 9 gennaio 1974, in *Giur.it*., 1975, vol.II°, p.382.

622 Unica eccezione alla teoria dominante è ravvisabile esclusivamente nel pensiero di M. BOSCARELLI, *Compendio di diritto penale, parte generale*, 8^ed, Milano, 1994, pp.139 ss; e soprattutto M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1994, pp.139 ss. Tali autori non ravvisano, infatti, una incompatibilità ontologica del tentativo colposo non verificatosi per puro caso davanti ad una condotta imprudente. Riallacciandosi nelle sue intenzioni al pensiero di F. ALIMENA, *Il concetto unitario del reato doloso*, in *Riv.it.dir.pen*., 1989, p.374 ss. L'ultimo dei due autori indicati sottolinea come, pur essendo teoricamente ammissibile sotto il profilo logico tale tipo di compatibilità, qualora un tentativo colposo fosse ammesso nel sistema vigente, opererebbe in maniera tale da modificare sostanzialmente la figura del tentativo, ponendo il problema di una categoria di atti più ampi e, in effetti, diversi. L'autore prosegue la sua trattazione sottolineando come in particolar modo nella dottrina tedesca (Cfr., Von FRANK., *Das strafgesetzbuch fur das Deutsche Reich*, 18^ed, 1931, p.85) si sia tentato di distinguere tra "*tentativo colposo*" e "*tentativo di delitto colposo*", negando la configurabilità della prima figura e ammettendo la possibilità della seconda. La critica più consistente a tale costruzione consiste nel constatare come, pure essendo le due figure differenti dal punto di vista logico, finiscano, in ultima istanza, per risolversi l'uno nell'altra. Infatti, la realizzazione volontaria dei propri atti deve essere necessariamente accompagnata dalla rappresentazione a contenuto positivo del risultato; ma qui giunti, il delitto, punto d'arrivo degli atti, cessa di essere colposo. Per più ampi ragguagli su tale posizione si rimanda a M. SINISCALCO, *op.loc.ult.,cit.*, p.193 in nota n°8.

concettuali[623]; la seconda, su di un dato *"giuridico"* rappresentato dal combinato disposto dell'articolo 56 c.p., con l'articolo 43, comma secondo, c.p.[624].

[623] Si può subito rilevare come tanto la dottrina maggioritaria che la pressoché unanime giurisprudenza abbiano sempre considerato il concetto del "*tentare*" e quello di "*colpa*" come strettamente antitetici essendo il tentativo una fattispecie caratterizzata da una volontà volta al perseguimento del fine e la colpa un titolo di imputazione soggettivo caratterizzato dalla assenza della volizione o, meglio, dalla "non-volontà" del fatto materiale tipico. Cfr., in tal senso PESSINA, *Manuale di diritto penale italiano*, 3^ed., 1906 p.92; V. CAVALLO, *Il delitto tentato*, 1934, p. 92; ID, *Diritto penale parte generale, L'oggetto del delitto penale*, 1955, Napoli, pp.728 ss; G. BATTAGLINI, *Diritto penale, parte generale*, vol.III°, 1919, p.439. Tra i pronunciamenti giurisprudenziali più risalenti in tal senso può essere menzionata la sentenza Cass., 13 dicembre 1920, in *Riv.Pen.*, vol.XCIV°, p.595, secondo la quale: "*è grave errore pronunciare condanna per tentativo di delitto colposo. Tale assurda concezione giuridica porta all'annullamento d'ufficio della sentenza*"; in senso similare, Cass., 13 febbraio 1939 in *Giust. pen.*, 1939, vol.II°, p.1139; e Cass. 24 aprile 1942 *Ibidem*, 1943, p.271. Secondo il *Bettiol*, il tentativo rappresenta un caso di discrepanza tra la forma assunta dal reato e la volontà delittuosa, in quanto ciò che è stato realizzato è meno di quello che l'agente voleva realizzare, il primo elemento costitutivo del tentativo è dunque la volontà (G. BETTIOL, *Diritto penale, (parte generale)*, 11^ed, Padova, 1982, p.562). Giustamente rileva a riguardo lo *Scarano*, che, qualunque sia la terminologia utilizzata dal legislatore, il tentativo ha, innanzitutto, un irriducibile elemento finalistico, che conferisce all'atto, anche se non portato a compimento, anzi appunto perché non portato a compimento, un risultato incisivo. (In tal senso, L. SCARANO, *IL tentativo*, Napoli, 1952, p.60 ss.) Pur essendo sostanzialmente condivisibili le argomentazioni proposte, va tuttavia sottolineato come errore piuttosto comune di quanti adottano tale prospettiva sia quello di finire con il protendere verso ricostruzioni soggettivistiche dell'univocità, concezione considerata oramai superata dalla dottrina dominante. Lo stesso SCARANO, infatti, finisce per affermare che la locuzione dell'articolo 56 c.p., facendo riferimento "*all'atto diretto al delitto*" va intesa in senso squisitamente soggettivo. Nello stesso ed identico errore finiscono similarmente anche B. PETROCELLI, *op.loc.cit.*; G. BETTIOL, *op.loc.cit.*; e M. SINISCALCO, *op.loc.cit.*. La fattispecie del delitto tentato non si limita, dunque, ai soli elementi oggettivi. Secondo le regole generali contenute nella parte generale del codice penale – confermate e rafforzate dall'articolo 27, comma primo, Cost., per il quale "*la responsabilità penale è personale*" – la fattispecie deve essere integrata da un elemento soggettivo o psicologico doloso (Così M. SINISCALCO, *voce Tentativo*, in *Enc.giur.*, vol.XXX°, Roma, 1993, pag.555). Il merito indiscusso dell'individuazione dell'essenzialità del dolo per l'individuazione del tentativo, e quindi, a *fortiori*, del reato consumato, è attribuibile all'analisi dogmatica condotta dalla teoria finalistica dell'azione elaborata da *Hans Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 3^ed, 1954, ed edizioni soggettive; ID., *Posizione dogmatica della teoria finalistica dell'azione*, in *Riv.it.proc.pen.*,1951, pp.1 ss.; ID. *Il nuovo volto del sistema penale*, in J*us*, 1952, p.31, (già citati in E. MORSELLI, *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1998, p.44; ID *voce Tentativo*, in *Dig.d.disc.pen.*, vol.XIV°, 1999, p.189). L'essenzialità del dolo per l'individuazione del tentativo e quindi, *a fortori*, del reato consumato, costituisce uno dei cardini più efficaci e suggestivi della sua argomentazione – per esplicito riconoscimento del medesimo – edificata sul pensiero filosofico classico di *Aristotele*, prima, e di *San Tommaso*, poi.

[624] Quanto alla fondatezza dell'incompatibilità del dolo e della colpa dal punto di vista sistematico, il maggior vantaggio di tale prospettiva argomentativa consiste nel suo essere edificata sulla sola analisi dei dati legislativi e dall'essere, quindi, meno condizionata dal dibattito dogmatico che caratterizzava, invece, la trattazione antecedente. Come esattamente è stato rilevato – e come risulta altresì essere condiviso dalla dottrina maggioritaria – essendo la fattispecie di delitto tentato autonoma e nuova rispetto a quella del corrispondente delitto consumato, l'esame dell'aspetto soggettivo dovrà essere affrontato, come per ogni altra figura criminosa, in base ai principi generali fissati dall'ordinamento. (In tal senso può rimandarsi per tutti a M. SINISCALCO, *op.ult.cit.*, p.96 ss., e M. GALLO, *voce Dolo, op.cit.*, p.796). Ora, poiché il tentativo è configurabile, per espressa dizione dell'articolo 56 c.p., solamente per i delitti, ciò implica che, disponendo l'articolo 42, c.p., che di un delitto si risponde a titolo di colpa solo ove esista una previsione legislativa espressa, la delimitazione del tentativo alle sole ipotesi delittuose, in mancanza di una tale previsione in tal senso nel medesimo articolo 56 c.p., non può, dunque, farsi altro che escludere ogni possibilità di far capo alla colpa. A sostegno della medesima argomentazione M. GALLO, *voce Dolo, op.ult.cit.*, pone la riflessione secondo la quale: "*la pena per il tentativo è sempre determinata con riferimento a quella prevista per il delitto che si voleva realizzare: in che dimostra come le fattispecie di tentativo possano essere elusivamente fattispecie delittuose*". Per il medesimo tipo di argomentazione la configurabilità del tentativo non è ammissibile neanche nelle contravvenzioni. In questo caso, però, l'esclusione non è determinata da una incompatibilità strutturale, ma da motivazioni di ordine politico–criminale, quali la minor gravità dei reati contravvenzionali, che rende inopportuna la loro sanzionabilità come fattispecie tentata. Così, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit.*, p.433.

Limitata, dunque l'indagine al solo elemento soggettivo doloso, appaiono senz'altro compatibili con la struttura del delitto tentato tanto il dolo intenzionale che il dolo diretto[625], molto discussa permane, invece, l'ammissibilità del dolo eventuale[626]. Ciò premesso, prima di

---

[625] Circa la piena compatibilità del dolo diretto con il delitto tentato vedi, Cass., 3 luglio 1996, "Garbini ed altri", in *Arch. giur. circ. sinistri stradali*, 1997, vol.I°, p.29 (già citato in G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol.II°, tomo secondo, Milano, 2000, *Articolo 56*, p.627) ove si afferma: "*In tema di elemento soggettivo del reato, il cosiddetto dolo diretto non intenzionale ricorre ogni qual volta la realizzazione dell'evento si presenti all'agente come altamente probabile o certa conseguenza della sua azione,e si colloca tra la forma meno intensa di dolo cosiddetto eventuale (che ricorre quando la realizzazione, non perseguita, del fatto, si presenta all'agente solo come possibile) e quella più intensa di dolo cosiddetto intenzionale (che ricorre quando la realizzazione del fatto e' addirittura lo scopo perseguito dall'agente). La forma del dolo diretto (non intenzionale) e' pienamente compatibile con il tentativo*". La sentenza indicata trova altresì conferma nel successivo pronunciamento Cass., 20 novembre 1997, "Savariese", C.E.D., Cass., n°209372.

[626] La tematica in esame ha visto da sempre separarsi tanto la dottrina quanto la giurisprudenza spesso collocatesi, con andamento ondivago, a favore sia della compatibilità (per la maggioranza degli anni '80), che della incompatibilità (dall'inizio degli anni '90 ad oggi). Si vedono così schierati tra quanti reputano ammissibile la configurabilità di un tentativo a titolo di dolo eventuale: N. A. BELLANACA Commento a nota Cass., 5 novembre 1971, in *Tommaso Natale*, 1975, p.139; S. RANIERI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, vol.I, 1968, p.405; O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, 1952, p.53; G. DE FENU, *Idoneità dell'azione e volontà omicida nell'omicidio tentato*, in *Giust.Pen*., 1968, vol.II°, p.664; A. PECORARO ALBANI, *Il dolo eventuale nel delitto tentato*, 1959, p.207; E. MORSELLI, *Il dolo eventuale nel delitto tentato*, in *Ind.Pen*., 1978, pp.33 ss.; ID *Voce tentativo, op.loc,cit*., p.191; B. PETROCELLI, *op.loc.cit.;* A. SANTORO, *voce Tentativo*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1971, vol.XVIII°, p.1133 ss.; A. SACARANO, *op.loc.cit*.; F. RAMACCI, *Istituzioni di diritto penale*, 1988, pp.224 s.; S. RANIERI, *Manuale di diritto penale parte generale*, vol.I°, 4^ed, 1984, p.404; S. RICCIO, *Il dolo eventuale*, in *Annali Ferrara*, 1940, p.105; B. BATTAGLINI, *Considerazioni sul dolo eventuale*, in *Cass.Pen*., 1986, p.469; G. CARACCIOLO, *Note brevi in tema di delitto tentato, e imputazione a titolo di dolo eventuale*, in *Rass.Giust.Mil*., 1984, p.334; A. CRESPI, *L'illegale ripartizione degli utili*, 1986, 2^ed, p.152, ed *iv*i, nota n°14; G. MAGGIORE, *Diritto penale parte generale*, vol.I°, 1949, p.545. Venendo a pronunciamenti a noi più prossimi si possono segnalare in particolar modo: M. ROMANO, *Commentario, op.cit*., p.552; A. RESTA, *Dolo eventuale e delitto tentato ai confini della possibilità*, in *Giurisp.Mer*., 1986, pp.493 ss.; A. M. DE SANCTIS, *Sulla compatibilità tra dolo eventuale e delitto tentato*, in *Cass.Pen*., 1988, pp.2065, ss; M. ANGELINI, *Dolo eventuale e tentativo, una lunga questione ancora in cerca di soluzione*, in *Cass.Pen*., 1993, p.1104; A. ALIBRANDI, *Delitto tentato e dolo eventuale*, In *Riv.Pen*., 1990, p.1016; R. DI LUZIO, *Dolo eventuale e tentativo*, in *Temi Romana*, 1990, *Fasc.1-2*, pp.225 ss.; M. G. MAGLIO, *Il dolo nel diritto penale*, in *Riv.Pen.*, 2001, fasc.9, p.693; P. ITRI, *Tentativo, dolo eventuale, reato complessivo, reato progressivo*, in *Giur.Mer*., 1998, vol.IV°, p.1088; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 5^ed, Milano, 2000, p.361; R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, Padova, 2001, p.347; per la dottrina tedesca possono citarsi in particolare H. WELZEL, *Das deutsche strafrecht*, 11^ed, 1969, p.189; H. J. RUDOLPHI, *Sistematischer Kommentar zun StGB*, A.T., vol.I°, 1986, §22, p.8; H. H. JESCKECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., 1978, p.417; W. WESSELS, *Strafrech*t, A.T., 1986, p.169; G. JAKOBS, *Strafrecht*, A.T., 1983, p.590; già citati in M. ANGELINI, *op.loc.ult.cit*. Per quanto riguarda invece la contrapposta teoria dell'inammissibilità di un tentativo a titolo di dolo eventuale**,** essa è sostenuta, attualmente, dalla parte maggioritaria dalla dottrina contemporanea e più precisamente: N. LEVI, *Il codice penale illustrato*, 1934, p.248; E. GALLO, *Il delitto di attentato*, 1966; G. NEPPI MADONA, *Il reato impossibile*, 1965; P. BAIMA BOLLONE – V. ZAGREBELSKIY, *Percosse e lesioni personali*, 1975, p.139, ed *ivi*, nota n°14; R. PANNAIN, *Voce lesioni e percosse*, in *Novissimo Digesto It*., vol.IX°, p.759; M. SINISCALCO, *op.cit*., p.206; M. CAPUANO CAPUTO, *Delitto tentato e dolo eventuale*, in *Riv.Pen*., 1974, p.1074; G. DE FRANCESCO, *Forme di dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato, op.cit*., pp.983 ss.; ID, *Fatto e colpevolezza nel tentativo, op.cit*., p.700; R. GUARALDO, *Dolo eventuale e delitto tentato*, in *Cass.Pen.*, 1985, vol.II°, pp.1515 ss.; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.loc.ult.cit*.; L. VERONESE, *Delitto tentato e dolo eventuale*, in *Cass.Pen.*, 1992, pp.964 ss.; M. FORTI, *Il dolo nel tentativo, ancora problemi*, in *Cass.Pen*., 1996, p.1784; G. MONTANARA, *Voce*

affrontare nello specifico la questione, resta previamente da risolvere la tematica consiste nell'individuare se *il dolo del tentativo* sia identico, o meno, al *dolo della consumazione*. Il problema, lungi dall'essere rilevante solamente nelle diatribe dottrinarie di carattere meramente teorico, si rivela, invece, eccezionalmente gravido di fondamentali riflessi pratici: dall'accoglimento della più rigorosa tesi della identicità strutturale, infatti, deriverebbe la realizzabilità del delitto tentato con tutte le forme di dolo configurabili nell'ambito della consumazione, ivi compreso *il dolo eventuale*[627]; dalla tesi contraria, l'incompatibilità del tentativo con tale discussa forma del normale titolo di imputazione soggettiva. Tradotto il tema in termini di ancor maggiore concretezza materiale, qualora si venisse ad accogliere la tesi affermativa, sarà configurabile una fattispecie di tentato omicidio nel caso di lesioni personali inferte da chi, pur non avendo agito con il fine di cagionare la morte del soggetto passivo, si sia rappresentato l'evento mortale come possibile o "non improbabile" ed abbia, tuttavia, deciso ugualmente per l'azione; qualora si optasse invece per la tesi negativa, l'agente verrebbe a rispondere unicamente per le lesioni volontarie, senza che sia in tal caso possibile l'ipotizzare il tentato omicidio per difetto dell'elemento psichico[628].

Su tale spinosa tematica è dato rinvenire una pluralità piuttosto consistente di posizioni differenziate, attualmente riconducibili ad una sostanziale tripartizione. Accanto alle posizioni tradizionali "*della identicità*" e quella "*dell'autonomia e diversità*" è infatti dato rinvenire un terzo orientamento nell'ambito del quale si ritiene che il dolo del delitto tentato sia

---

tentativo, (dir.vig.), in *Enc.Dir*., vol.XVIV°, Milano, 1992, pp.117 ss; V. D'ASCOLA, *Il dolo nel tentativo*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1979, p.682; V. ALOISIO, *Il problema del dolo nel tentativo*, in *Giust.Pen*., 1983, pp.536 ss.; P. TRONCONE, *Dolo eventuale e configirabilità del delitto tentato*, Napoli, 1991; S. PATANE', *Il dolo eventuale nel tentativo*, in *Giust.Pen*., 1992, parte seconda, p.556; F. RIGO, *Dolo e tentativo*, in *Cass.Pen*., 1997, p.964; L. DE MATTEIS, *Dolo eventuale e tentativo*, in *Cass.Pen*., 1997, vol.II°, pp.991 ss.; E. DI SALVO, *Forma del dolo e compatibilità tra il dolo e il tentativo,* in *Cass.Pen*., 1996, vol.II°, pp.2190 ss.; I. FIGIACONI, *Ancora un intervento delle Sezioni Unite, sulla distinzionetra dolo diretto e dolo eventuale in tema di tentato omicidio*, in *Riv.Pen*., 1997, n°1, pp.56 ss.; P. CATARINELLA, *L'elemento psicologico nel delitto di tentato omicidio: il dolo eventuale*, in *Giur.Merit.*, 1998, pp.719 ss.; M. FILIE, *Delitto tentato e dolo eventuale*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1983, p.744; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 15^ed, Milano, 2000, pp.488 ss.; G. RUELLO, *In tema di delitto tentato e dolo eventuale*, in *Riv.Pen*., 2000, p.649; M. GALLO, *Voce dolo*, *op.cit*., ID, *Appunti di diritto penale*, Torino, 2001; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2000, p.320; A. PAGLIARO, *Principo di diritto penale, parte generale*, Padova, 2000, p.507; M. BOSCARELLI, *Compendio di diritto penale, parte generale*, Milano 1994, p.139; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 4^ed, Bologna, 2001, p.430.

627 In tal senso G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*., p.430. Gli autori, indicando come sia proprio questo l'argomento che origina la controversia, pongono ad esempio la classica ipotesi di un individuo che avesse dato fuoco ad un edificio, prevedendo ed accettando il rischio che in quel momento vi dormisse una vecchina, la quale avrebbe potuto decedere a causa dell'incendio; l'oggetto dell'analisi sarà dunque quello di capire se, in tal caso, l'incendiario dovrà rispondere di tentato omicidio realizzato con dolo eventuale. Per le differenti forme assumibili dal dolo si rimanda alla trattazione sviluppata supra, cap.II°, §4.

628 In tal senso cfr., A. ALIBRANDI, *Delitto tentato e dolo eventuale, op.loc.cit*., p.1017.

completamente identico al dolo del delitto consumato, con un unica eccezione costituita dall'impossibilità di configurare un tentativo con dolo eventuale[629].

Volendo prendere le mosse da quella che poco tempo addietro era la posizione dominante, specialmente in giurisprudenza, va indicato come questa si fondasse sull'aforisma apparentemente lineare secondo il quale "*Il dolo del tentativo è il dolo della consumazione*"[630]. L'origine di tale teoria va ricercata, come è stato giustamente affermato[631], nel costante parallelo che, in sede di ricerca, si è mantenuto tra il conato ed il delitto consumato. L'assunto dottrinario del ritenere il tentativo come una *forma di manifestazione* del reato[632], ha finito così per limitare l'indagine sull'elemento soggettivo, ai soli punti di divergenza esistenti rispetto alla figura base, costituita dal reato portato al compimento fisiologico cui era destinato nella mente dell'agente; sul presupposto che il discrimine tra i due delitti sia rappresentato esclusivamente dall'elemento materiale costituito solamente dalla mancanza di realizzazione dell'evento o dall'incompiutezza della condotta, si è giunti ad affermare l'identità tra gli elementi soggettivi relativi alle due fattispecie[633]. In altre parole, chi sostiene la teoria in esame, muovendo dal presupposto che all'interno dell'ordinamento non sia contenuta alcun tipo di norma che distingua esplicitamente i due tipi di dolo, argomenta l'identicità, edificandola sul fatto che l'unica differenziazione prevista dalla legge sia operante esclusivamente sul piano della struttura[634]. Si ritiene dunque che, poiché l'agente al momento dell'azione vuole commettere il delitto e non il tentativo, e poiché le due tipologie di reato esigono la medesima risoluzione criminosa, i contenuti di rappresentazione e volizione al momento della realizzazione della condotta non possono che essere uguali, non essendo quindi possibile considerare come una sorta di dolo deminuto ciò che al momento dell'azione era invece un dolo pieno e completo. Tale teoria conclude, pertanto, ritenendo

---

629 Per più ampi chiarimenti su tale ricostruzione teorica: A. PAGLIARO, *op.loc.cit.*

630 In tal senso E. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del delitto tentato, op.cit*., pp.112,121,130; A. SANTORO, *op.loc.cit.*, p.1147; M. ROMANO, *Commentario, op.cit.*, p.506.

631 Per una completa trattazione dell'argomento si veda M. GALLO, *Il dolo, oggetto ed accertamento*, Milano, 1953, pp.10 ss.

632 In tal senso ad esempio E. MORSELLI, *op.loc.cit*, p.36, il quale afferma che "*il tentativo altro non è che una forma di manifestazione del reato in generale, per cui, al fine di individuare il momento conoscitivo del dolo, si deve guardare al momento delittuoso descritto dal legislatore*".

633 In tal senso: G. M. DE MATTEIS, *op.loc.cit.*; e S. PROSDOCIMI, *op.loc.cit*.

634 In tal senso: G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.loc.cit.*

errato il basarsi sull'articolo 56 c.p., e sulla direzione non equivoca degli atti, per sostenere che il titolo d'imputazione del tentativo debba essere necessariamente un dolo intenzionale o diretto, per poter assumere rilevanza.

Al contrario si ritiene che, essendo completamente superata qualsiasi forma di concezione soggettiva della direzione non univoca degli atti[635], quest' ultima non costituisca nulla più che un mero requisito oggettivo della condotta che nulla dice od aggiunge all'elemento soggettivo dell'agente, e che venne ad essere concepito dal legislatore solamente con il fine di rendere possibile al giudice il rilievo dei comportamenti descritti dalle singole fattispecie delittuose di parte speciale[636]. Dunque, poiché secondo tale teoria, l'articolo 56 c.p. non apporterebbe all'analisi del tentativo, in tema di elemento subiettivo, nulla di differente da quanto già indicato nella disciplina generale posta dagli articoli 42 e 43 c.p., non resterebbe che concludere che il dolo del delitto consumato sia lo stesso del conato, con l'automatica conseguenza della compatibilità di quest'ultimo con il dolo eventuale.

Tale orientamento è diversamente criticabile per l'essere gravato da un eccessivo rigore concettuale. Non può non rilevarsi come tale impostazione finisca inequivocabilmente con il trascurare un dato di partenza essenziale e cioè che il delitto tentato si radichi in un'autonoma fattispecie penale, originata dal disposto della singola norma di parte speciale combinata con l'articolo 56 c.p.,[637] è dotata di una sua tipicità anche sotto il profilo soggettivo. In linea generale, dunque, l'elemento psicologico del delitto tentato dovrebbe essere individuato alla stregua di tale fattispecie, e non di quello che sarebbe stato il delitto pervenuto a consumazione.

Permanendo sul medesimo filone argomentativo, per evidenziare i limiti del predetto costrutto senza tuttavia ricadere in concezioni soggettive della univocità, oramai ritenute pressoché unanimemente superate anche sull'opposto versante dottrinario[638], possono utilmente indicarsi due ulteriori ordini di argomentazioni. In *primis*, il fatto che la predetta

635 Su tale versante dottrinario in tal senso, per tutti,: M. ROMANO, *op.loc.cit.*

636 In tal senso cfr., E. MORSELLI, *op.loc.ult.cit.*; M. ROMANO, *op.loc.cit.* p.506. Entrambi gli Autori, dimostrano di aderire ad un accezione troppo rigida della concezione oggettiva dell'univocità; non è infatti affatto vero che la medesima sia antitetica rispetto all'incompatibilità tra dolo eventuale e delitto tentato.

637 In tal senso cfr., M. GALLO, *Le forme del reato*, Torino, 1974, p.38; ID, *voce Dolo, op.cit.,* p.796; M. SINISCALCO, *op.cit*., pp.48 ss.; G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *op.cit*., p.619; G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.loc.ult.cit.;* V. D'ASCOLA, *op.loc.cit.* pp.683 ss.

638 In tal senso, per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*..

formula non possa essere utilizzata per individuare l'oggetto e la struttura del dolo nel tentativo, a meno che non si ritenga che la norma dell'articolo 56 c.p., non abbia nient'altro che la funzione di modello[639], o di schema, al quale devono adattarsi gli elementi costitutivi delle singole fattispecie criminose. Tale conclusione, tuttavia, non può essere in nessun caso accolta perché, in realtà, attraverso la norma che disciplina il tentativo, condotte non altrimenti sanzionate divengono tali, per cui sarà individuabile una fattispecie autonoma e tipica[640] i cui elementi oggettivi dovranno riflettersi nel dolo che ne verrà ad acquisire, a sua volta, una connotazione ad esso peculiare. Poiché come ogni altra forma di reato, anche per il tentativo, valgono i principi di tassatività e legalità[641], ne consegue che il fatto costitutivo del medesimo dovrà essere tassativamente individuato tramite gli elementi contenuti nella norma di parte generale (*id est* nell'articolo 56 c.p.) – cioè l'idoneità e la direzione non equivoca degli atti come elementi reali di fattispecie – rapportati al fatto descritto nella norma incriminatrice di parte speciale, cui l'articolo 56 c.p., per quella parte norma "*a schema vuoto*", fa riferimento[642]. In secondo luogo è stato giustamente sottolineato come la teoria illustrata sia stata sostenuta dalla pressi giudiziaria, più per un duplice tipo di motivazioni pratiche concorrenti, quali più precisamente esigenze di tipo general-preventivo e di semplificazione probatoria, che non per l'autentica bontà delle giustificazioni teoriche[643].

L'argomentazione secondo la quale il dolo del tentativo è identico al dolo della fattispecie consumata, può essere dunque accolta solamente come constatazione del fatto che

---

639 Ad esempio, in tal senso, E. MORSELLI, *op.cit*., che afferma che "*lo schema di cui all'articolo 56 c.p., non ha nulla a che fare né con la prevedibilità né con la esigibilità da parte dell'agente, esso costituisce solo un insieme di indici categoriali ad uso del giudicante*".

640 In tal senso cfr. SINISCALCO M., *op.cit*., p.91.

641 Si può rimandare tra i tanti che hanno formulato tale pensiero a B. PETROCELLI, *op cit*., p.109 che *ivi* afferma, con estrema chiarezza, che essendo proprio il principio di legalità a condizionare inderogabilmente il prodursi della conseguenza giuridica della pena, questo deve necessariamente investire ogni reato ed ogni accadimento cui possa essere associata tale conseguenza giuridica, *ivi* compresa quella particolare forma d'illecito che è il delitto tentato; per questo non potrà essere represso a tal titolo nessun fatto che non rientri nella previsione della legge.

642 In tal senso: DE MATTEIS M., *op.loc.ult.cit.*

643 Così si esprimono, infatti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*., p.431, che rilevano come da un lato la giurisprudenza sia stata spinta a prescegliere il trattamento penale più rigoroso, per preoccupazioni general-preventive, come accade ad esempio nell'ipotesi tipica in cui la fattispecie di tentato omicidio viene applicata in luogo di quella di lesione dolosa. Dall'altro, un ruolo determinante hanno avuto anche le esigenze di semplificazione probatoria: nelle ipotesi cioè in cui i giudici si trovano di fronte ad ipotesi particolarmente equivoci, hanno dimostrato spesso di preferire l'evitare dell'impegnarsi nella ricerca dell'effettiva intenzione dell'agente per accontentarsi del supporre – nei termini di una vera e propria presunzione – che l'agente fosse ben consapevole della possibilità di provocare eventi lesivi più gravi di quelli direttamente voluti.

l'intenzione di chi realizza un delitto tentato è certamente diretta verso uno specifico delitto consumato e che il dolo debba essere, in ogni caso, il titolo di imputazione soggettiva sul quale entrambe le figure vengono ad edificarsi, ma ogni ulteriore argomentazione non può che rivelarsi in ultima istanza erronea[644].

Stante l'insuperabilità delle critiche rivelate, la tesi contraria – vale a dire quella che sostiene la diversità dei due tipi di dolo e con essa l'incompatibilità del tentativo con il dolo eventuale – oltre ad essere sostenuta dalla dottrina maggioritaria, è andata sempre più affermandosi anche nella giurisprudenza più recente. Va però necessariamente rilevato come tale posizione dottrinaria, oltre che sull'innegabilità dell'autonomia del dolo del tentativo rispetto a quello del reato consumato, resta edificata, inoltre e principalmente, sull'incompatibilità normativa e strutturale intercorrente tra il dolo eventuale e il requisito della "univocità" della condotta; ciò anche qualora della medesima si venga ad accogliere, come non potrebbe essere altrimenti, una concezione oggettiva.

In verità, coerentemente con l'accezione del delitto tentato che è usualmente rinvenibile nella mentalità dell'uomo comune e nell'ordinaria accezione semantica e terminologica del termine, è inevitabile prendere atto che nel concetto stesso di tentativo è insita la propensione dell'agente al conseguimento di uno scopo, e non la mera accettazione del rischio di un evento possibile o probabile[645]. Tutto ciò trova il suo innegabile riscontro normativo nell'estremo dell'inequivocità degli atti, elemento che pur riguardando innanzitutto il comportamento materiale, deve essere altresì correlato ad un corrispondente atteggiamento psicologico, costituito più propriamente dall'intenzione o, meglio ancora, dalla volontà diretta al conseguimento del risultato delittuoso preso di mira[646]. La direzione finalistica dell'atto deve dunque essere certa tanto sul piano materiale che su quello psicologico, poiché tra i due aspetti deve necessariamente esservi piena corrispondenza o congruenza, mentre, come giustamente rilevano i professori *Giovanni Fiandaca* ed *Enzo Musco*[647], affiancati da grande

644 In tal senso S. PROSDOCIMI, *op.cit*., p.144.

645 In tal senso cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit*., p.432.

646 Ancora, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.loc.ult.cit*., ed *ivi*, a riguardo, rimando alla sentenza Cass., 11 maggio 1992, in *Cass.Pen.*, 1993, p.2263.

647 Così, *op.loc.ult.cit*., gli autori pongono, inoltre, il già noto esempio dell'incendiario che avesse dato fuoco ad uno stabile pur sapendo della presenza al suo interno di una donna molto anziana impossibilitata alla deambulazione, affermando che, nel caso di specie, ove l'evento più grave di possibile verificazione (vale a dire la morte della disabile) non si concretasse, l'autore della condotta criminosa potrà rispondere solamente di incendio della palazzina.

parte della dottrina contemporanea, "*non può dirsi univoco né obiettivamente né soggettivamente, un comportamento che l'agente realizzi senza tendere a realizzarlo, ma solamente accettando il rischio della sua verificazione*". La centralità della natura normativa e strutturale dell'incompatibilità – tra la direzione univoca degli atti e l'accettazione del rischio – come motivazione cardine dell'inammissibilità del dolo eventuale nel tentativo, è dimostrata, tra l'altro, dalla presenza in dottrina di posizioni che pervengono alla medesima conclusione pur postulando l'identicità del dolo del tentativo con il dolo della consumazione.

E' stato infatti affermato – come già detto – che pur potendosi ritenere corretta l'identicità del dolo delle due figure giuridiche, tale asserzione non possa essere tuttavia adottata trascurando le differenti forme assumibili dal dolo stesso[648]. Il postulato base di tale teoria, pertanto, dovrebbe essere corretto nel senso di ritenere che il dolo della consumazione sia identico a quello del tentativo, ma con l'eccezione costituita dall'impossibilità di configurare in quest'ultimo l'ammissibilità della forma eventuale. Da tale dottrina, dunque, prescindendosi dal requisito della diversità del dolo, l'incompatibilità è ritenuta dipendere, per espressa ammissione dei suoi sostenitori, dallo stesso dettato normativo contenuto nel testo dell'articolo 56, c.p.; [649] essa è inoltre un'eccezione che non può essere in nessun caso superata né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza, senza che vengano violati, il fondamentale principio costituzionale di legalità in materia penale[650]. La teoria in oggetto viene poi addizionalmente arricchita da un'ulteriore delucidazione costituita, più precisamente, dall'indicazione che il postulato dell'identicità non possa essere considerato equivalente all'affermazione per cui il dolo del tentativo abbia, dal punto di vista dogmatico, le medesime caratteristiche che nel delitto consumato. In realtà si specifica ulteriormente che mentre la

---

[648] In tal senso: PAGLIARO A., *op.loc.cit*.

[649] Sulla stessa linea dottrinaria anche se con terminologie non sempre completamente coincidenti si collocano altresì cfr., M. SINISCALCO, *op.cit.*, p.209; ID, *voce tentativo*, *op.cit*., pp.5 s.; A. PAGLIARO, *op.loc.ult.cit*.; M. BOSCARELLI, *Compendio*, *op.cit*., p.139 ss.; V. D'ASCOLA, *op.cit*., p.682.

[650] Anche tale teoria rileva, inoltre, come possa dirsi "*diretto in modo non equivoco a commettere un delitto*" solamente un volere che tenda al verificarsi dell'evento tipico come fine ultimo o come mezzo necessario al conseguimento del medesimo, oppure vi consenta come conseguenza accessoria connessa necessariamente all'impiego di uno dei mezzi o al verificarsi del fine ultimo (*id est* l'ipotesi di dolo intenzionale e di dolo indiretto). Non può essere in alcun modo considerato come "*diretto in modo non equivoco*" il volere di chi tenda ad un fatto diverso, rappresentandosi come possibile il verificarsi di una conseguenza accessoria che costituisce l'evento di un reato. In tal senso tra l'altro anche la sentenza Cass., Sez. I pen., 26 novembre 1990, C.E.D. n°186155; Cass., Sez. I° pen., 12 novembre 1990, C.E.D. n°186152. Inoltre si rileva, anche su tale versante, come l'opposta tesi della compatibilità debba la sua origine alla considerazione della necessità di configurare il tentativo nel caso in cui il soggetto tenda all'evento, come fine ultimo o come mezzo necessario per conseguirlo. Un dolo del genere rientrerebbe tuttavia nel dolo intenzionale ponendosi il problema del dolo eventuale solamente per le conseguenze accessorie della condotta principale, in tal senso A. PAGLIARO, *op.cit*., p.512.

prima posizione concettuale è esatta, la seconda non può essere accettata, poiché, a differenza di quanto avviene nella consumazione, l'elemento soggettivo del delitto tentato ha la caratteristica di spingersi oltre il realizzato, connotandosi, dunque, per caratteristiche peculiari[651].

Stanti tali ultimi correttivi alla teoria in esame, parrebbe dunque più proficuo riconoscere direttamente la diversità del dolo delle fattispecie in oggetto, anziché postularne l'assoluta identicità per poi pervenire alle medesime conclusioni della tesi contraria attraverso una corposa serie di precisazioni e di distinguo. Sembrerebbe, dunque, più opportuno il concludere, liberandosi dai vincoli terminologici dell'identicità o della diversità, che tentativo e delitto consumato siano accomunati dal ruolo di centralità che vi svolge il dolo, ove il medesimo è in entrambi inteso come volontà e rappresentazione del fatto tipico cui l'agente finalisticamente protende. L'elemento soggettivo pertanto, pur sostanzialmente coincidente nell'accezione predetta, si differenzierebbe sotto il profilo *normativo-formale* avendo il legislatore espressamente richiesto per il tentativo all'articolo 56 c.p., che gli atti siano univocamente diretti, mentre tale indicazione non è esplicitata negli articoli 42 e 43 del codice stesso; il dolo del delitto consumato sembrerebbe, pertanto, tipologicamente più ampio di quello del delitto tentato, non ammettendo quest'ultimo la forma eventuale. E' evidente tuttavia che una tale risoluzione della problematica possa essere utilmente sostenuta solamente ritenendo che il requisito della direzione univoca degli atti – così come affermato dalla più recente ricostruzione oggettiva elaboratane della dottrina, e che sembra corretto condividere – non svolga solamente un ruolo strutturale ma sia intimamente connessa con l'elemento soggettivo stesso.

Lungo tale filone argomentativo la teoria della diversità del dolo di consumazione dal dolo del tentativo, finisce con il divenire un'ulteriore validissima conferma della dottrina dell'incompatibilità del dolo eventuale con il delitto tentato, perdendo tuttavia la centralità che le veniva antecedentemente accordata a favore della primazia concettuale che, oggi ancor più che in passato, viene ad accordarsi al requisito dell'univocità degli atti.

---

651 Così A. PAGLIARO, che, più precisamente, asserisce che la peculiarità del dolo del tentativo, oltre che nell'inammissibilità del dolo eventuale, consista nel fatto che questo si spinga, a differenza del dolo generico che è richiesto nel delitto consumato, oltre il realizzato. L'autore precisa che "*quell'impreciso quantitativo di volontà che non riesce a commutarsi in realizzazione non può un nessun caso venire ad essere equiparato ad una sorta di dolo specifico; non si potrebbe pensare, infatti, che il dolo del tentativo sia quello di compiere atti idonei in modo non equivoco a commettere un delitto più il fine non realizzato di commettere il delitto. Il dolo del delitto tentato ha, dunque, caratteristiche peculiari: rispetto al delitto consumato, come detto, si estende oltre il realizzato; ma a differenza del dolo specifico che è richiesto in taluni delitti, deve essere volontà d'immediata realizzazione*".

- 9) La "*scelta*" come essenza della responsabilità e come unica accezione del concetto di volontà dommaticamente compatibile con il dolo eventuale .

Dalle motivazioni sin qui illustrate potrebbe a questo punto tracciasi una prima conclusione: il dolo eventuale è una categoria concettuale estranea al nostro sistema giuridico, incompatibile con la definizione del dolo e della colpevolezza data dal legislatore, difficilmente armonizzabile con la struttura del codice penale e fisiologicamente idonea ad essere oggetto delle più differenti strumentalizzazioni si rendano necessarie per soddisfare le varie esigenze di politica criminale che vengano di volta in volta ad insorgere.

L'estraneità del dolo eventuale al diritto positivo vigente, tuttavia, se implica necessariamente che del concetto non possa continuarsi a fare alcun uso nella prassi giurisprudenziale, in ossequio al principio di legalità costituzionalmente consacrato nell'art.25 della carta costituzionale, non richiede necessariamente una rinuncia alla sua elaborazione in chiave dommatica e dottrinaria. La scienza del diritto, infatti, non si dovrà fare trovare in nessun caso impreparata laddove, ad imitazione degli ordinamenti stranieri[652], anche il legislatore italiano dovesse decidersi ad introdurre nel nostro ordinamento una terza forma di colpevolezza.

Nel contesto dommatico, insieme alla ricostruzione del dolo eventuale come un atteggiamento di disprezzo per l'oggetto della tutela giuridica che è leso o messo in pericolo dalla condotta con cui l'agente accetta il rischio di produrre un evento costituente reato (di cui si è già antecedente detto), risulta particolarmente interessante un diverso approccio che (potendo essere potenzialmente applicato anche a sistema normativo invariato) sta divenendo oggetto di continuo approfondimento da parte della dottrina, vale a dire: l'idea di tornare all'interpretazione del concetto di volontà nell'accezione di "scelta".

L'idea secondo la quale la volontà come "scelta" sia la vera essenza della colpevolezza, sembra trasparire nella importantissima sentenza della Corte costituzionale n.°364 del 24 marzo 1988[653] che ha affermato definitivamente la costituzionalizzazione del principio di colpevolezza, riconoscendo che responsabilità "personale", a norma dell'art. 27,

[652] Vedi, per tutti, F. CURI, *Terium datur., op.loc.cit., passim.*
[653] Per i riferimenti bibliografici completi si veda, *supra*, nota n°177.

comma 1, Cost., è sinonimo di "*responsabilità per fatto proprio colpevole*"[654]. Ebbene, in questa sentenza si legge fra l'altro: "*Il principio di colpevolezza è pertanto indispensabile appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate*"[655]. Disponendo che "*nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale*", l'art. 5 c.p., sanciva la responsabilità, tra l'altro, di chi, ignorando senza colpa che la sua azione avrebbe violato un precetto penale, non era in grado di scegliere tra il rispetto e la violazione dello stesso[656]. La decisione della Corte pone invece il principio che l'ignoranza inevitabile della legge penale esclude il rimprovero di colpevolezza, perché il soggetto non è in grado di ravvisare quali comportamenti sono vietati, e dunque di orientare la sua azione e compiere una scelta. La piena compenetrazione tra fatto e persona implica che siano sottoposti a pena soltanto quegli episodi che, appunto personalmente, esprimano il riprovevole contrasto (o indifferenza) con i valori della convivenza espressi dalle norme penali: l'obbligo di non ledere i valori penalmente garantiti richiede dunque la partecipazione volitiva del singolo alla realizzazione del reato[657]. Inoltre, sempre nella decisione della Corte si legge che "*il legislatore costituzionale intende garantire ai cittadini, attraverso la possibilità di conoscenza delle norme penali, la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte di azione*"[658].

---

[654] Corte cost. 24 marzo 1988, n°. 364, in *Riv.it.dir.proc.pen.,* 1988, pp.686 ss., con nota di D. PULITANO', *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*.

[655] Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364, cit., p.699. D. PULITANO' (p.691) rileva come fra le funzioni di fondamento e di limite della reazione punitiva, che nel dibattito dottrinale vengono proposte per il principio di colpevolezza, la Corte costituzionale pone in primo piano proprio la funzione di limite, di garanzia "*di libere scelte d'azione*". In un altro precedente lavoro, D. PULITANO', *L'errore di diritto nella teoria del reato,* Milano, 1976, p.105 – citando H. L. A. HART., *Punishment and responsability,* Oxford, 1968, p.44 – ritiene che "*la certezza legale dell'azione individuale – coinvolgendo il momento soggettivo delle scelte d'azione – implica necessariamente la delimitazione dell'intervento legale a ciò che può essere riferito alla scelta soggettiva […] In questa prospettiva, il fondare la responsabilità penale (anche) su momenti soggettivi è necessario a completare la funzione di garanzia per cui è posto il principio di legalità. E' in questa funzione, dunque, che il principio di colpevolezza trova il suo nucleo materiale, come "diritto di protezione" nei confronti dello Stato. Dando rilievo a scusanti soggettive, il sistema legale viene costruito come "choosing system", come sistema aperto di scelte d'azione "in cui gli individui possono trovare, almeno in termini generali, i costi che hanno da pagare se agiscono in determinati modi"*.

[656] E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza, op.cit.,* p.866.

[657] Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, *op.cit*., pp.711-712. Osservano G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, op.cit*., p.360, che anzi la compenetrazione psicologica fatto-autore cresce quanto più l'agente sia in grado di cogliere la carica antigiuridica del fatto commesso.

[658] Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, *op.cit*., p.713. Il riferimento espresso alla libertà come presupposto della responsabilità è tradizionale nel diritto penale italiano. Già secondo E. PESSINA, *Elementi di diritto penale,*

La possibilità di conoscenza intende garantire la possibilità di scelta. Non si richiede l'effettiva conoscenza, per quanto teoricamente sostenibile, perché una simile pretesa valorizzerebbe unilateralmente il principio di colpevolezza, relegando in secondo piano le esigenze di prevenzione generale e di tenuta complessiva dell'ordinamento penale[659]. La conoscibilità del precetto penale, essendo un dato psicologicamente soltanto potenziale, è dunque strutturalmente estranea al dolo, che consta di coefficienti psicologici effettivi, e rappresenta invece un requisito ulteriore e autonomo di colpevolezza. Viene in tal modo accolta la c.d. teoria della colpevolezza (*Schuldtheorie*), la quale assume la coscienza dell'antigiuridicità come elemento a sé stante della colpevolezza, cosicché vi può essere dolo (in quanto altro elemento a sé stante della colpevolezza) anche se manca tale coscienza, in caso di ignoranza o di errore evitabile sul divieto[660].

Al dolo non inerisce dunque la coscienza dell'antigiuridicità: il soggetto può essere in dolo anche quando non opera alcuna scelta per l'illecito perché la sua ignoranza dell'illiceità penale è evitabile, è dovuta cioè a sua colpa.

Napoli, 1880, pp.159-160 e pp.313-314, il dolo è volizione del maleficio (*voluntas sceleris*). Requisiti di struttura del dolo sono che "*il fenomeno della negazione del Diritto sia stato preveduto dall'essere operante e come negazione del Diritto e come conseguenza, sia certa o sia probabile, di un movimento spontaneo del suo organismo*" e che "*l'essere operante abbia voluto quel movimento del suo organismo, dal quale come effetto da cagione, deriva il fenomeno della negazione del Diritto*". Il dolo, dunque, in quanto volizione del maleficio, è opera di intelligenza e di libertà: "*maleficio è dunque l'azione della libertà umana che infrange il Diritto*". Ne deriva che la società "*deve incriminare tutte quelle azioni che, movendo dalla libertà umana, violano un'attinenza giuridica in maniera da rendere impossibile l'attrazione in forma positiva, relativamente al fatto che si è compiuto*". Sul dolo e in particolare sul rapporto con l'imputabilità nel diritto penale dell'ottocento, D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo, op.cit*, ora in *Scritti di diritto penale*, a cura di La Monica, Milano, 1996.

659 Cfr: G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, op.cit*., pp.360-361.

660 Alla c.d. teoria della colpevolezza si contrappone la c.d. teoria del dolo (*Vorsatztheorie*), secondo la quale la coscienza dell'antigiuridicità si pone invece accanto alla rappresentazione e volizione quale elemento fondamentale del dolo. La contrapposizione tra la *Vorsatztheorie* e la *Schuldtheorie* pare essersi conclusa con il definitivo e generale successo di quest'ultima, che ha ispirato le soluzioni del problema dell'*ignorantia legis* in pressoché tutti i più recenti codici. Sia la *Vorsatztheorie*, sia la *Schuldtheorie* partono dal presupposto che oggetto del dolo (e dell'errore) è quel fatto costitutivo del reato, il quale si identifica con il concetto sistematico di "fatto tipico" (*Tatbestand*) E' però il contenuto del "fatto tipico" a differenziarsi nelle due concezioni e a motivare le relative impostazioni. Per la *Vorsatztheorie* (più vicina alla tesi della bipartizione nella struttura del reato) essendo il "fatto" l'*Unrechtstatbestand* (la fattispecie illecita), la quale contiene in sé come elementi negativi della sua tipicità le scriminanti, il dolo, in quanto implica conoscenza del fatto, si estende alla sua illiceità (non penalistica) e quindi viene meno in caso di errore (anche se colpevole) sull'antigiuridicità. Per la *Schuldtheorie*, che è la concezione storicamente più vicina alla teoria sistematica della tripartizione, il "fatto" è solo indizio dell'antigiuridicità e la sua presenza costituisce un'occasione ("*Anlass*") per coglierne l'illiceità o, quantomeno, per interrogarsi su di essa; in questa concezione fatto e antigiuridicità sono realtà distinte, e il dolo non implica la coscienza dell'illecito e l'errore sull'antigiuridicità non fa venire meno il dolo. Sulla ragione politico-criminale che porta al successo la *Schuldtheorie* in tema di errore sulla legge penale, G. MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza,* in *Riv. it.dir.proc.pen.,* 1996, pp.424-425.

La "*libera scelta d'azione*", che costituisce – secondo l'indicata sentenza – il primo presupposto della responsabilità penale, è concetto che può essere riferito non solo alla scelta per l'illecito, ma anche alla volontà come "*principio dell'azione in generale*", e quindi alla rappresentazione e volizione del fatto tipico[661]; pur essendo chiaro che quest'ultimo riferimento si attaglia alla forma originaria di responsabilità penale: cioè a quella dolosa, piuttosto che a quella colposa. Oggetto di questa libera scelta d'azione devono essere, perlomeno, gli elementi più significativi della fattispecie, identificati dalla Corte costituzionale, in un'altra sentenza (la 1085/88), in quelli che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie[662] e, dalla dottrina, in tutti gli elementi significativi rispetto all'offesa e alla riconoscibilità del fatto quale illecito[663]. A conferma dell'aggancio della significatività a un dato qualitativo come l'offesa (lesione o messa in pericolo) dell'interesse protetto vale la definizione di "fatto", oggetto del dolo quale: "*l'insieme degli elementi oggettivi che individuano e caratterizzano ogni singolo reato come specifica forma di offesa a uno o più beni giuridici*"[664].

Le decisioni della Corte costituzionale che affermano il principio di colpevolezza si inseriscono appieno nella logica del momento rappresentativo del dolo, cioè nel rimproverare al soggetto di avere avuto ben chiaro dinanzi agli occhi il fatto antigiuridico e di non essersi lasciato trattenere da quella rappresentazione ammonitrice[665]. Perché il momento intellettivo si proponga davvero quale "*zoccolo duro del dolo*", quale "*filtro razionale senza cui non può darsi un volere consapevolmente indirizzato*"[666], perché funzioni insomma come elemento per orientare la scelta, è necessario il rispetto del principio di colpevolezza quale fissato dalla Corte costituzionale. Se allora si può prescindere dalla scelta per l'illecito quando il soggetto

[661] La stessa Corte costituzionale nella sentenza citata (p.705) segnala come in tutti i lavori preparatori relativi al primo comma dell'art. 27 Cost. il termine "fatto" venisse sempre usato come comprensivo anche di un minimo di requisiti subiettivi, oltre a quelli relativi alla coscienza e volontà dell'azione.

[662] Corte Cost. 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Riv.it.dir.proc.pen.,*1990, p.298 (con nota di P. VENEZIANI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, pp.299 ss.).

[663] D. PULITANO', *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, *op.cit.*, pp.705-706.

[664] G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale,* Milano, 2004, p.99.

[665] Così individuano la logica che sta alla base di questo requisito del dolo, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, op.cit.,* p.184, i quali aggiungono che, per converso, la rilevanza dell'errore sul fatto discende proprio dall'impossibilità che il soggetto venga trattenuto dall'agire.

[666] Cosi, testualmente, C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?, op.cit.,* p.1267.

si è messo colpevolmente in stato di ignoranza, non è invece possibile prescindere dalla scelta per la dannosità del fatto, concepita in una dimensione sostanziale-concreta.

Questa libera scelta di azione si esprime appieno quando il soggetto conosce come certi gli elementi del fatto e prevede come sicuro che il suo comportamento realizzerà il reato, dato che chi agisce in questa situazione vuole la conseguenza ritenuta certa e necessaria della sua condotta; alla cognizione certa deve poi equipararsi, data l'impossibilità di ogni distinzione, la rappresentazione del fatto come altamente probabile.

La nozione di responsabilità penale (*id est* colpevolezza) legata all'idea di scelta non solo trova naturale e logica conferma nel dolo diretto e in quello intenzionale (in cui il fatto che costituisce reato è addirittura preso di mira come scopo dall'agente) ma offre altresì un criterio di comprensione della forma di dolo dai confini più incerti[667], il dolo eventuale, nel quale l'agente si rappresenta come (concretamente e seriamente) possibili gli elementi del fatto e dunque ritiene possibile che il suo comportamento realizzerà il fatto di reato. L'idea del dolo scelta si può riferire al dolo eventuale a condizione che lo si intenda però come non come dolo di pericolo, ma come *accettazione dell'evento*: tra l'agire e il non agire (o comunque tra l'agire in un modo o l'agire diversamente) si *sceglie* di agire, pur consapevoli delle possibili conseguenze dannose collaterali e accettando pure l'eventualità che tali eventi ulteriori si realizzino effettivamente.

Nell'ottica dell'idea di scelta vengono in considerazione non le teorie che per definire la struttura del dolo eventuale accentuano il momento rappresentativo, ma quelle che a tal fine puntano sul momento volitivo. La struttura del dolo eventuale, dal punto di vista dommatico, non è diversa da quella delle altre forme di dolo. Il momento conoscitivo consta della previsione da parte dell'agente della concreta possibilità del verificarsi dell'evento lesivo.

Questo, però, è il requisito che fa da base all'essenziale momento volitivo e non è sufficiente ai fini della configurabilità del dolo eventuale, come invece ritiene la teoria della possibilità, secondo la quale agisce già dolosamente chi prevede la concreta possibilità di provocare la lesione di un bene giuridico e ciò non ostante agisce ugualmente, e la teoria della

[667] H. WELZEL, in *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11 Aufl., 1969, p.69, definisce la delimitazione dei confini tra dolo eventuale e colpa cosciente «*Eine der schwierigsten und umstrittensten Fragen des Strafrechts*».

probabilità (che rappresenta una variante della prima), secondo cui sarebbe necessaria nell'agente una rappresentazione della verificazione dell'evento in termini di probabilità[668].

Possibilità e probabilità di verificazione dell'evento sono, oltre che requisiti-base per la volizione, elementi essenziali in sede di accertamento dell'elemento volitivo, ma non possono descrivere l'essenza del dolo, costituita dal momento volitivo e in particolare, a nostro giudizio, dalla scelta. Questa indagine quantitativa è utile per fornire indizi sulla presenza del dolo, così come a tal fine sono utili altri criteri pure proposti come indicativi dell'essenza del dolo eventuale: così per la teoria della operosa volontà di evitare, dove la predisposizione o meno di misure volte a ostacolare l'evento può fungere da orientamento in sede di accertamento, e così anche per le c.d. formule di Frank[669].

A maggior ragione insufficienti per descrivere il dolo eventuale sono le c.d. teorie emozionali, incentrate su un atteggiamento interiore dell'agente espresso in varianti terminologiche quali "*approvazione*", "*consenso*", "*indifferenza*", "*fiducia*", "*speranza*", "*desiderio*", ecc. Tutte queste espressioni indicano atteggiamenti psicologici ancora lontani da quella scelta consapevole per l'offesa del bene giuridico che rappresenta l'oggetto del rimprovero di colpevolezza: si tratta di elementi interni alla psiche dell'agente che semplicemente possono contribuire a fondare la scelta stessa, possono cioè "*far muovere la volontà*" ma non sono essi stessi "volontà".

Il dolo eventuale non può fare a meno del momento volitivo: anzi, esso è ancor più necessario, dato che la verificazione dell'evento non è il fine immediato dell'agente e che egli non si rappresenta come certa la realizzazione del fatto. E' necessaria un'appropriazione del fatto e questa appropriazione si ha con una presa di posizione, con una decisione, con atto di volizione, insomma con una scelta. Nella dottrina italiana l'attenzione sul momento volitivo nel dolo eventuale è comunemente affermata e talora questo momento viene espresso proprio con il termine "scelta". Già Delitala affermava che "*l'atto di volontà è atto di elezione, atto di scelta, e in tale scelta i risultati non desiderati sono stati, se previsti, sicuramente messi in conto, poiché rappresentano il costo del conseguimento del fine perseguito dall'agente*"[670]. E

[668] Vedi, *supra,* cap.III°, §4.

[669] R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18 Aufl., Tübingen, 1931, p.190. Con la prima formula, si afferma l'esistenza del dolo eventuale quando si accerti che l'agente, qualora avesse previsto come sicuro il verificarsi dell'evento, avrebbe agito ugualmente; con la seconda formula si ritiene presente il dolo eventuale se l'agente si è detto: le cose possono stare o andare in questo modo o altrimenti, in ogni caso io agisco. Sull'ineguagliata efficacia della prima formula di Frank: L. EUSEBI, *Il dolo come volontà, op.cit.,* pp.128 ss.

[670] G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.cit*., p.443

ancora oggi nei manuali di diritto penale si afferma che "*è necessario … che l'atteggiamento interiore manifestato dal soggetto si avvicini il più possibile ad una presa di posizione della volontà capace di influire sullo svolgimento degli accadimenti*"[671], oppure si parla di una "*presa di posizione*", di una "*scelta di volontà*", orientata nel senso della lesione del bene tutelato[672]; o ancora, ultimamente, si ritiene sussistente il dolo eventuale in tutti e soli i casi in cui la rappresentazione dell'evento come possibile pone l'agente in una condizione psicologica tale per cui la *scelta di agire* per la realizzazione del proprio obiettivo possa ritenersi consapevolmente fatta "*a costo*" della realizzazione dell'evento delittuoso, effettivamente (ancorché in termini di mera possibilità) rappresentato come connesso alla propria scelta d'azione[673].

Nell'ottica della scelta come fondamento della responsabilità dolosa, va segnalato che, dopo che già Engisch aveva evidenziato la "*presa di posizione dell'agente rispetto al mondo dei beni giuridici*"[674], la teoria che consente la "collocazione del dolo nel più intimo del soggetto agente" viene ritenuta (da Hassemer) quella del *dolus eventualis* come "*decisione a favore della possibile offesa di un bene giuridico*" ("*Entscheidung für die mögliche Rechtsgüterverletzung*")[675]. La migliore sintesi tra consapevolezza, volontà e decisione (e un richiamo espresso alla "*scelta*") è offerta da chi ritiene che la maggiore meritevolezza di pena del dolo rispetto alla colpa non dipenda soltanto dalla circostanza che il reo doloso abbia

---

671 G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, op.cit.*, p.330.

672 F. MANTOVANI, *Diritto penale, op.cit.*, p.325.

673 Così: D. PULITANO', *Diritto penale, op.cit.*, p.357.

674 K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin 1930 (rist. Aalen 1964), p.177.

675 C. ROXIN, *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, op.cit.*, pp.53 ss.; ID., *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, in *Festschrift Rudolphi*, Neuwied 2004, pp.255 ss.; ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Aufl., München, 2006, pp.445 ss.; W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, pp.206 ss.; ID., *Kennzeichen des Vorsatzes* (in *Armin Kaufmann – GS*, 1989), trad. it. di Canestrari S., in *Ind.pen.*, 1991, pp.488-489; L. PHILLIPS, *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko*, in *ZStW*, 1973, pp.27 ss.; M. KÖHLER, *Die bewusste Fahrlässigkeit. Ein strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg 1982, pp.330 ss.; W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln – Berlin – Bonn – München, 1983, pp.46 ss.; U. ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlin, 1987, pp.84 ss. e pp.142 ss.; H. J. RUDOLPHI, in *SKStGB*, 5 aufl., 1988, § 16, n. 39; J. BRAMMSEN, *Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes – Neue Weg in der Vorsatzdogmatik?*, in *JZ*, 1989, p.79; G. STRATENWERT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. I, Die Straftat*, IV ed., Köln – Berlin – Bonn – München 2000, 145 ss. Citazioni tratte da S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999 pp.70 e s.

considerato le eventuali conseguenze della propria condotta, ma, in più e soprattutto, dalla sua "*ponderata scelta di agire*" in seguito a tale valutazione[676].

Nella dottrina italiana un riferimento espresso al momento della scelta è contenuto nell'opera di Prosdocimi sul dolo eventuale. Secondo l'Autore, posto che sia nelle ipotesi di dolo eventuale che di colpa con previsione si é in presenza di un evento (non perseguito intenzionalmente dall'agente) previsto come possibile, la distinzione tra queste due forme di colpevolezza andrà ricercata non già sul piano della previsione ma sul piano della volizione. Così, si avrà dolo eventuale quando il rischio viene accettato a seguito di un'*opzione*, di una deliberazione con la quale l'agente consapevolmente subordina un determinato bene ad un altro, cioè, possiamo aggiungere, di una scelta. Vi é la chiara prospettazione di un fine da raggiungere, di un interesse da soddisfare, e la percezione del nesso che può intercorrere tra il soddisfacimento di tale interesse e il sacrificio di un bene diverso. L'agente compie anticipatamente (sia pure in modo rapido) un bilanciamento degli interessi (suoi e altrui) in gioco e l'evento collaterale viene considerato come eventuale prezzo da pagare per il raggiungimento di quel determinato risultato[677]. In questo modo anche il dolo eventuale diventa espressione di una "*volontà pianificatrice*" coerente con la definizione del delitto doloso "*secondo l'intenzione*" fornita dall'art. 43 c.p.[678].

[676] Cfr: E. SCHMIDHÄUSER, *Die Grenze zwischen vorsatzlicher und fahrlässiger Straftat («dolus eventualis» und «bewusste Fahrlässigkeit»),* in *Jus,* 1980, p.250; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Op.loc.ult.cit.*, p.71.

[677] S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali,* Milano 1993, pp.32-33. Concorda con la posizione di Prosdocimi: G. CERQUETTI, *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo,* Torino, 2004, p.282 a condizione che di questi assunti «*si valorizzi e si precisi quello secondo cui il dolo eventuale è contrassegnato – rispetto alla colpa con previsione – dal "grado di adesione psicologica al fatto*"».

[678] S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, op.cit*., p.33.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: - 1)L'evoluzione dommatica del dolo eventuale come continuo attacco alla dimensione soggettiva e psicologica del dolo dovuto alle difficoltà probatorie e di accertamento. - 2) Verso il definitivo superamento del dolo eventuale. La necessità che sia il legislatore ad adottare una definizione espressa del dolo eventuale nel rispetto del principio di legalità.

-1) L'evoluzione dommatica del dolo eventuale come continuo attacco alla dimensione soggettiva e psicologica del dolo dovuto alle difficoltà probatorie e di accertamento.

L'indagine sin qui condotta ci consente di poter affermare in termini di certezza l'estraneità del dolo eventuale al diritto positivo vigente[679] e, simultaneamente, la sua piana legittimità dommatica come categoria concettuale e teorica.

Ciò implica la consequenziale conclusione che dovrebbe ritenersi precluso ai giudici il poter continuare a formulare sentenze di condanna in base ad un elemento soggettivo difficilmente riconducibile alla definizione normativa contenuta nell'art.43 del c.p., al pari di quanto continua ad essere necessario ed imprescindibile l'impegno profuso dalla dottrina nell'elaborazione delle differenti formule definitorie, volte ad individuare quella che riesca a delineare meglio i confini tra il dolo e la colpa. In tale ultimo contesto, tuttavia, è necessario precisare che gli approfondimenti della scienza penalistica non possono essere finalizzati all'individuazione di soluzioni da applicare materialmente alla risoluzione dei casi concreti, (magari tramite interpretazioni iper-estensive, se non addirittura analogiche[680] del citato disposto normativo), ma esclusivamente ad orientare le scelte del futuro legislatore che voglia riconoscere espressamente un *tertium genus* di colpevolezza in grado di assorbire insieme il dolo eventuale e colpa cosciente unificandone il disvalore; magari alla luce del concetto

[679] Inequivoca fu, infatti, la posizione di A. ROCCO a riguardo, come inequivoca è la difficile riconducibilità del concetto alla dizione dell'art. 43 c.p. e alla struttura sistematica dello stesso codice penale. Vedi, *supra*, cap.I°, §10, nonché, cap.III° §§ 7 e 8.

[680] In argomento, con particolare efficacia, G. FORTE, *Dolo eventuale tra divieto di interpreazione analogica ed incostituzionalità, op.loc.cit., passim* ed in particolare pp.825 e ss; ID, *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.loc.cit.*, pp.276-277. Sul tema si veda anche, supra, cap.III°, §7.

dell'accettazione consapevole del rischio del verificarsi di un evento non direttamente voluto[681].

Tanto debitamente premesso, appare evidente come l'analisi dell'evoluzione storica del dolo, ed in particolar modo della nascita e dello sviluppo del dolo eventuale, dimostri inequivocabilmente come esso sia stato caratterizzato da un progressivo processo di normativizzazione, processo che, proprio nel concetto di *dolus eventualis*, ha sempre avuto il suo massimo impulso ed il suo più efficace strumento[682].

La spinta all'oggettivizzazione quale distacco dalla dimensione psicologica del dolo, infatti, è storicamente derivata da due ordine di fattori. Il primo può essere individuato nello sviluppo e nella diffusione dei moderni concetti di meritevolezza e di bisogno di pena[683] che palesavano la necessità del consorzio sociale di vedere sanzionate, anche severamente, condotte che, pur particolarmente dannose e "allarmanti" per la collettività, non potevano tuttavia ritenersi autenticamente volute e quindi retribuite con la pena prevista per i reati dolosi. Il secondo discende dalla considerazione che il dolo intenzionale, (come volontà finalisticamente protesa al conseguimento di un evento derivante dalla realizzazione volontaria di una condotta ad esso prodromica) è, oggi come in passato, un elemento del reato estremamente difficile da provare in concreto, il che ne richiese un progressivo affievolimento nel rigore dell'accertamento processuale, con conseguente ricorso alla *fictio juris* o a meccanismi di inferenza meramente indiziaria.

---

681 Per tutti, F. CURI, *Tertium datur., op.loc.cit., passim*. Vedi anche, *supra*, considerazioni introduttive, §2, per ulteriori riferimenti bibliografici.

682 Sul dolo eventuale come esempio per eccellenza di dolo "*normativizzato*", ancora G. FORTE, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, *op.loc.ult.cit*., pp.835-838.

683 Al tempo dei commentatori (vedi *supra*, cap.I°, n particolare §§ 6 e 7) si assunse la piena coscienza della riprovevolezza etico-sociale di condotte contraddistinte da forme di volontarietà diverse dal dolo intenzionale e, per contrastarne l'evoluzione, se ne avvertì il bisogno di punizione. Data la meritevolezza di pena, dunque, l'opzione criminalizzatrice venne a riguardare anche comportamenti dai quali si prospettava la seria possibilità di verificazione dell'evento tipico, anche se questo non era preso direttamente di mira. Una costante del percorso storico del dolo è dunque il tentativo di imputazione soggettiva dei risultati non avuti di mira, ma dei quali esiste al momento della condotta la seria possibilità che si verifichino, cioè una situazione di pericolo di produzione dell'offesa. In passato questa dimensione oggettivistica è stata spesso sufficiente per l'affermazione del dolo. Ma oggi a questa dimensione si deve aggiungere, perché il comportamento risulti meritevole di pena, una dimensione più soggettivistica, che non può accontentarsi della mera consapevolezza della situazione di pericolo, come oggi avviene nelle teorie cognitive (rappresentativistiche) del dolo, ma deve investire il momento volitivo, perché cosi richiede la sua natura e perché così richiede il codice penale vigente all'articolo 43 del c.p. Quanto poi all'aspetto sanzionatorio non va dimenticato che a questa tipologia di stati psicologici è stata storicamente riservata la valutazione di gravità del dolo intenzionale, e dunque l'applicazione della pena ordinaria. Solo in Covarruvias i fatti commessi con voluntas indirecta (nozine comprensiva sia del dolo eventuale che della colpa con previsione) venivano sanzionati com pena straordinaria perché attenuata. Sui concetti di meritevolezza e di bisogno di pena si vedano: ANGIONI V., *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen*, 1989, e in particolare: pp. 1489 e ss., nonché, SCORDAMAGLIA V., *Colpa responsabilità e pena, op.loc.cit., passim.*

Il dolo, dunque, oltre che con l'individuazione del proprio fondamento ontologico e filosofico si è sempre dovuto confrontare con i problemi correlati alla sua dimostrabilità in sede probatoria; il che ha fatto si che il tema dell'accertamento abbia diversamente interagito con il concetto astratto, sia influenzandone direttamene la ricostruzione teorica in ambito dommatico, sia caratterizzandolo indirettamente nella sua valenza processuale.

L'analisi storica dell'evoluzione concettuale del dolo intenzionale di stampo romanistico[684] ha dimostrato che quando un concetto del diritto penale sostanziale si scontra con l'evidenza empirica delle proprie difficoltà di accertamento, finisce inevitabilmente con il restarne indebolito compromettendo cosi l'efficacia della risposta sanzionatoria con conseguente sacrificio delle istanze preventive e repressive. In risposta a tale indebolimento il sistema legislativo-interpretativo tende a reagire sempre secondo due direttive di massima[685], consistenti nella modifica concettuale-dommatica del'istituto teorico[686] o nella elisione dello stesso in sede processuale, usualmente tramite un sistema di presunzioni.

Il diritto romano venne pertanto ad imbattersi nella difficoltà cui deve far fronte ogni ordinamento che richiede, per la punibilità di un dato comportamento, la sicura verifica della sussistenza di un atteggiamento interiore[687]. La prima soluzione adottata, fu quella di indagare l'elemento intenzionale sotto il profilo delle qualità morali dell'agente, per poi ricorrere, in tutti quei casi in cui ciò non fosse possibile, al comodo espediente del *dolus in re ipsa*, secondo il quale si ritiene, tautologicamente, che l'autore di un fatto punibile a titolo di reato doloso abbia agito "*sciens dolo malo*" solo per aver commesso il fatto. La risposta iniziale

684 Vedi *supra*: cap.I°, § 2 e 3.

685 Spesso, tuttavia tali aggiustamenti vengono assimilati dall'ordinamento in maniera lenta e progressiva con un iter di decantazione che si protrae per decenni, se non per secoli, oscillando spesso tra soluzione antitetiche e tra compromessi eclettici.

686 La riparametrazione degli elementi costitutivi del dolo, infatti, è la via che meglio si adatta ai sistemi normativi più evoluti, dove il progresso tecnologico e scientifico renderebbe difficilmente accettabile la resa del diritto di fronte alle difficoltà di accertamentodel reale anche la dove tale dato fosse un elemento psichico. Così, per semplificare la prova del dolo, è più agevole (anche perché rappresenta una deviazione meno vistosa rispetto ai principi garantistici cui è informata la nostra Costituzione quale sarebbe invece l'espressa adozione di meccanismi puramente presuntivi di inferenza della colpevolezza dell'agente) passare da un dolo come concetto "*psicologico-soggetivo*" ad un dolo di natura "*oggettiva-normativa*". Mentre il primo deve essere individuato nella mente dell'agente, ricavandolo tramite massime di esperienza dalle modalità del fatto tipico comprensivo di condotta ed evento, il secondo può essere più facilmente inferito dalla violazione consapevole del comando normativo. Il fulcro del dolo si sposta cosi dalla volizione alla rappresentazione e, simmetricamente, dall'evento alla condotta, poiché è proprio nel momento in cui l'agente pone in essere l'azione o l'omissione che questi fa seriamente i conti con la previsione delle conseguenze del suo gire e prende posizione nei confronti dell'oggetto della tutela. Cosi facendo però il dolo si impoverisce sino a spogliarsi del contenuto volitivo confondendosi con la colpa e distanziandosi da un diritto penale del fatto.

687 Per un approfondimento sul tema della presunzione del dolo nel diritto romano si rinvia a: F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto ed accertamento del dolo*, Milano, 1960, pp. 9-11.

data dai canonisti alle istanze preventive e repressive e ai problemi probatori fu invece quella più drastica di rinunciare al dolo, avvalendosi a tal fine della dottrina del *versari in re illicita*[688], la cui natura di rimprovero etico e sembrava essere ontologicamente compatibile con i canoni fondanti dell'emergente principio di colpevolezza.

L'idea di oggettivizzazione espressa dalla logica del "*versari"* avrebbe poi a sua volta condizionato la configurazione dei successivi meccanismi d'imputazione soggettiva: 1) il *dolus generalis*[689] ne era infatti una derivazione immediata, essendo sufficiente che l'autore di una condotta illecita avesse agito "genericamente" con dolo per imputargli anche risultati diversi da quelli voluti; 2) con la *doctrina Bartoli*, si richiedeva una relazione oggettiva di pericolo: cioè che la condotta illecita iniziale recasse in se la tendenza all'ulteriore evento; 3) con il *dolus indirectus* la volontà dell'evento veniva inferita dalla volontà dell'azione, ritenendosi, (*rectius*: presumendosi) voluto, l'evento che è solito seguire la causa; in fine, con il *dolus praesumptus,* si realizzava una commistione tra processo e pena punendo il re in misura ridotta ove non fosse stata raggiunta una piena prova del dolo.[690]

Il processo di "generalizzazione" ora descritto si è sempre edificato sul concetto di "*prevedibilità"*. Questa era assunta in sede sostanziale, come elemento concettuale del dolo, (cosi snaturando la sua essenza tramite il passaggio dalla dominanza della volizione al dominio esclusivo della rappresentazione e confondendolo con la colpa), ovvero adottata in sede processuale quale fondamento, o comunque presupposto, cui fare ricorso in tutti quei casi in cui si rendesse necessario procedere ad una *fictio juris* dell'elemento soggettivo doloso.[691]

Anche oggi per soddisfare esigenze preventive e repressive si assiste a semplificazioni probatorie edificate sull'utilizzo del concetto di prevedibilità.[692]

---

688 Vedi, *supra*, cap.I°, §6.

689 Vedi, *supra*, cap.I°, §7.

690 Cosi: G. P. DEMURO, *op.loc.cit.,* p.1454. Il quale rileva come il più significativo tentativo di recuperare una dimensione soggettiva è individuabile nel dolo di messa in pericolo che esprimeva la necessità che l'autore fosse anche effettivamente consapevole delle possibili conseguenze della condotta

691 In estrema sintesi, la prevedibilità talora era autosufficiente per l'affermazione del dolo, come avveniva quando il dolo si sostanziava in una relazione oggettiva di pericolo; tal'altra rappresentava la base sulla quale si poggiava una serie di presunzioni concatenate, come quando si sosteneva che, dato che le conseguenze prevedibili sono generalmente previste, essendo generalmente previste non possono non essere volute.

692 Alle ineliminabili e peculiari difficoltà probatorie di una realtà psichica e alle tradizionali preoccupazioni repressive, oggi si aggiungono anche fattori esogeni rappresentati dalle varie fenomenologie della società del rischio, che spingono verso il passaggio da un diritto penale dell'evento a un diritto penale della pericolosità della condotta. Su questa preoccupante evoluzione si veda: G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione,* in *Riv.it.dir.proc.pen*, 2002, p.1041, e per la critica al "rischio" come paradigma della responsabilità

Specie di fronte ad episodi criminosi di particolare allarme sociale[693] riemerge la tendenza a spostare il fulcro del dolo sul momento rappresentativo, con progressivo ridimensionamento del ruolo della volontà.[694] Oggi come in passato il motivo di questa accentuazione cognitivistica, risiederebbe soprattutto nella difficoltà di provare la volontà quale elemento psicologico reale laddove l'accertamento processuale degli elementi rappresentativi da invece luogo a minori difficoltà, dato che i modi di percepire o di rappresentarsi una stessa situazione sono ritenuti più uniformi nei diversi individui rispetto a quanto non avvenga per i processi volitivi.[695] Infatti, mentre l'iter di formazione e di articolazione della volontà può mutare considerevolmente da un soggetto all'altro, l'individuazione di indici di prevedibilità di un evento è più facilmente "*generalizzabile*" e "*oggettivizzabile*".

A questa semplificazione in ambito processuale si associa la tendenza a "*normativizzare*" i requisiti strutturali del dolo in ambito sostanziale. Il che consiste nel desumere dalle stesse caratteristiche esteriori del fatto la conclusione che lo stesso non poteva non essersi rappresentato all'agente, e dunque dovesse essere dallo stesso necessariamente voluto[696]. E' significativo notare come la recente dottrina tedesca abbia voluto ravvisare una conferma storica a tale ricostruzione argomentativa richiamando quale autorevole precedente la teoria del *dolus indirectus* di Carpzov,[697] per la quale sono ritenuti abbracciati dal dolo non solo gli effetti considerati, ma, trattandosi di una condotta di base costituente reato, anche

---

penale: C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici? Op.loc.cit.*, p.1229. Sul medesimo tema si veda pure supra, cap.I°, §11.

693 Vedi *supra* considerazioni introduttive, §1.

694 Per un quadro complessivo, recentemente: B. SCHÜNEMANN, *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, in *Festschrift für Joachim Hirsch*, Berlin-New York, 1999, pp.363 e ss. V. anche, *supra*, cap.II°§§ 2 e 3. Per tutti, nella dottrina, L. EUSEBI, *Il dolo come volontà, op.loc.cit.*, passim.

695 Per un ulteriore approfondimento di tale tematica si veda supra nonché L. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa, op.loc.cit.*, p.1064; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà, op.loc.cit*., pp.168 e ss.

696 G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, op.loc.cit.*, p. 317, i quali evidenziano che ciò implica che: "*la consapevolezza da parte dell'agente, consapevolezza indiziata dalla natura oggettiva del fatto, della pericolosità o rischiosità oggettiva di determinate azioni, dimostrerebbe implicitamente che egli ha deciso in favore dell'illecito e ciò basterebbe a giustificare un'imputazione a titolo di dolo*". Rilevano inoltre ulteriormente che tale svalutazione dell'elemento volitivo è dovuta ad una concezione fortemente "*funzionalistica*" della colpevolezza, fortemente presente nell'area culturale tedesca, e che è asservit,a in tutto o in parte, ad esigenze preventive. Gli autori affermano invece la necessità di privilegiare una concezione "*garantistica*" della colpevolezza che funga da baluardo a delle libertà del singolo rispetto ad un eccesso di pretesa punitiva da parte dello Stato.

697 Vedi per tutti: G. JAKOBS, ZStW, 2002, *op.cit.*, pp. 586 ss. Nonché, *supra*, cap.I°, §8.

quegli eventi che, pur non rappresentati, avrebbero potuto o almeno dovuto esserlo sotto il profilo del comando normativo[698]. Ancora una volta *nihil sub sole novi*.

Nella storia dell'ondivago oscillare tra "*soggetivizzazione*" ed "*oggettivizzazione*", l'ultimo capitolo sembra essere scritto, per il momento, da coloro i quali propongono un concetto di dolo in funzione probatoria[699], sostituendone i requisiti strutturali con criteri oggettivi volti alla semplificazione dell'accertamento, quali la presenza di un "*rischio non consentito*"[700] o di un "*pericolo non schermato*"[701]. Una tecnica né innovativa né dissimile dal passato, secondo la quale i possibili criteri di accertamento divengono elementi concettuali del dolo snaturando non solo l'essenza volitiva dello stesso, ma sminuendone, in ultima istanza, anche la dimensione rappresentativa-conoscitiva, dato che la pericolosità oggettiva della condotta diviene generalmente l'indizio da cui è inferita, con meccanismo indiziario e presuntivo, la consapevolezza dell'agente circa il possibile verificarsi di un ulteriore reato non voluto, anche a prescindere dal fatto che l'agente se lo sia rappresentato. Così il rimprovero di colpevolezza cambia oggetto mutando da ciò che ci si è rappresentato e voluto a ciò che ci si sarebbe dovuto rappresentare[702].

---

698 E' evidente, anche qui, il continuo ritorno del *versari in re illicita*.

699 Sul fenomeno della cosi detta "*processualizzazione*" del dolo s veda *supra*, cap.II°, §5.

700 W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des Tatbestands-mäßigen Verhaltens und des Vorsatzes, Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen* Köln–Berlin–Bonn–München, 1983, *passim* ed in particolare alle pp.46 ss. p.341. pp.496 ss.; ID., *Offene Fragen des dolus eventualis*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1991, p.23. Secondo tale autore per aversi reato doloso sarebbe necessario e sufficiente che il soggetto "*attribuisca alla sua azione una dimensione di rischio che, secondo la valutazione dell'ordinamento giuridico è da qualificare come tollerabile nei confronti del bene giuridico"*. Sul punto anche S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.loc.cit.*, p.108.

701 R. D. HERZBERG, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewubt fahrlässigkeit – ein problem des objektiven Tatbestandes*, in *jus*, 1986, p.249 ss. L'autore propone un criterio di differenziazione di dolo eventuale e colpa cosciente fondato unicamente sugli elementi obiettivi del rischio, nell'ambito dei quali si propone però una selezione secondo la quale assumerebbero rilevanza solamente i fattori "*schermati*" del pericolo stesso, con l'esclusione di tutte le altre circostanze che concorrono a definirne l'essenza. Del resto le analogie strutturali di siffatta impostazione con quella elaborata da Armin Kaufmann appaiono evidenti: la differenza più significativa risiede sul tipo di elementi cui viene attribuita la capacità di "controllare" o "dominare" il rischio di produzione dell'evento. Mentre in base alla teoria della "operosa volontà di evitare" il reo può richiamare solamente la propria attività impeditiva per motivare la fiducia nella non verificazione dell'offesa, secondo Herzberg un'efficace "*riserva di sicurazza*" può essere determinata altresì dal rilievo di ulteriori fattori, quali il comportamento cauto di un terzo e l'attenzione della vittima stessa. Assai più interessante si presenta invece la prospettiva elaborata da Puppe, la quale non si limita ad individuare l'esistenza di uno o più fattori che si giustappongono al rischio, allo scopo di conferire a quest'ultimo una determinata qualità, bensì intende elaborare i concetti di "*rischio doloso*" e di "*rischio colposo*" osservando direttamente le loro caratteristiche intrinseche. Tema, quest'ultimo, similare a quello già affrontato da G. MARINUCCI, *non c'è dolo senza colpa, op.loc.cit., passim.*

702 Cosi: K. VOLK, *Begriff und Beweis, op.cit.*, p.752., il quale, criticando simili impostazioni oggettivistiche, ha osservato che la "*soggettivizzazione*" del diritto penale non ha tuttavia portato ad una reale individualizzazione. Infatti, quando si cerca di provare da circostanze esterne degli stati interiori, non ci si sforza di indagare sull'effettivo atteggiamento psichico dell'individuo agente, ma gioca un ruolo fondamentale la considerazione di "*che cosa in questa situazione il soggetto tipo avrebbe pensato, viso, sentito, creduto*".

Le tecniche di semplificazione probatoria del dolo, dunque, agiscono "*generalizzando*" e "*normativizzando*" poiché quanto meno ci si interessa della psiche individuale dell'autore e quanto più, invece, di quella di un individuo "normale" costituente una sorta di generico ideal-tipo , tanto più agevole diventa la prova. Quanto più difficile è provare empiricamente un fatto, tanto più agevole è che lo stesso sia "postulato" come esistente per mezzo di una valutazione giuridica con successiva imputazione normativa. In tale ottica, infatti, non si è più chiamati a provare che il soggetto abbia psichicamente voluto l'evento tipico e la condotta ad esso prodromica, ma si tende a dimostrare che egli era nelle condizioni di poter volere un fatto differente, vale a dire quello che l'ordinamento gli imponeva di volere o di non volere[703].

Anche nell'odierna prassi giurisprudenziale italiana, l'idea oggettivistica tende ad esprimersi per mezzo del concetto di prevedibilità considerando provata l'effettiva previsione da parte del singolo agente sulla base della rappresentazione potenziale di quanto è normalmente prevedibile[704]. Parte dominante della dottrina, tuttavia, ha prontamente ritenuto necessario arginare tale deriva perseguendo con ogni mezzo: "*l'obiettivo di ostacolare quella sciatta prassi giurisprudenziale che spesso e volentieri fonda 'l'effettiva conoscenza degli elementi del fatto', richiesta dal dolo, sulla loro 'possibilità' di conoscerli – sul 'dover conoscere' - trasformando cosi la prova del dolo nella prova della colpa*" [705]. Questa equivalenza di prevedibilità e previsione, d'altronde, non presenta nessuna caratteristica autenticamente innovativa essendo particolarmente similare alla costruzione teorica elaborata

---

703 Cosi operando si applicano al dolo i principi della teoria della colpevolezza, dimenticando tuttavia che l'elemento soggettivo del reato partecipa anche del fatto tipico e non esclusivamente della colpevolezza, fatto tipico che l'agente, per essere in dolo deve essersi realmente preveduto e voluto, non essendo il dolo presumibile. Per la dimostrazione che una considerazione prevalentemente normativa del dolo faciliti la sua presunzione si veda: F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa, op.cit.*, p.10 ed ivi nota n°16. Di una "*normativizzazione avanzata*" del dolo parla invece C. PREDAZZI, *Tramonto del dolo? Op.cit.,* p.1269-1270,in particolar modo in riferimento all'assimilazione *ex lege* cosi detto "*dolo per equivalente*" che avverrebbe quando nell'articolo 82 c.p., si tiene ferma l'attribuizione dolosa prescindendo dall'individuazione dell'offeso, e quando nell'art.116 c.p., in considerazione del moltiplicarsi dei rischi di deviazioni operative per il fatto stesso della divisione dei ruoli, si giunge a imputare il dolo anche al concorrente che voleva un reato qualitativamente diverso. Sull'influenza della teoria normativa della colpevolezza sul concetto di dolo si veda anche, *supra*, cap.I°§11.

704 Sul punto L. EUSEBI, *op.loc.cit.,* p.1986, che parla in merito di "*poter sapere e prevedere, quando è accompagnato dal dovere di sapere e prevedere*". Sulla stessa posizione, ancor prima, A. PECORARO ALBANI, *Il dolo, op.cit.,* p. 628 e ss.

705 Così, testualmente, G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione, op.cit.,* p.1041. Nello stesso senso C. PREDAZZI, *op.loc.ult.cit*., p.1265 il quale avverte che "*passando disinvoltamente dal piano della possibilità, sempre che sia ragionevole, al piano dell'attualità psicologica, quasi fossero unum et idem altro non si fa che rivestire la colpa delle mentite spoglie del dolo*". Sul punto anche G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa op.loc.cit.,* §19, nonché, *supra*, cap.III°, §7.

da Bartolo da Sassoferrato[706] secondo la quale "*aut ipse scivit, aut scire debuit*". Tuttavia, mentre allora il sistema processuale era dominato dal sistema delle prove legali, oggi vige il principio del libero convincimento del giudice e ci si trova in un contesto storico in cui la ricerca giudiziaria, anche dei fatti psichici, non può incontrare limiti probatori né soggiacere a presunzioni di sorta[707].

A maggior ragione, poi, inferire il dolo dalla prevedibilità dovrebbe essere impedito dalla regola dell' "*oltre ogni ragionevole dubbio*" recepita dal legislatore nell'articolo 533, comma I°, del c.p.p., principio che è stato definito a ragione: "*pietra angolare di ogni pensabile processo penale che voglia fare seriamente i conti con il principio di non colpevolezza*".[708]

Il dolo viene sottoposto a questo illegittimo stravolgimento strutturale per alleviare l'onere probatorio dell'accusa con ciò violando il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza e sostituendo scelte politico-criminali[709] giurisprudenziali a quelle compiute dal potere cui costituzionalmente spettano, cioè dal legislatore[710]. La punizione a titolo di dolo di fatti in realtà colposi, inoltre, è ancora più grave quando questi sono penalmente irrilevanti poiché non esiste una fattispecie colposa che affianca la fattispecie dolosa.[711] La forma principe dell'imputazione soggettiva, il dolo, rischia dunque di essere

---

706 Vedi, *supra*, cap.I°, §7.

707 Sulle stesse posizioni G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione, op.cit.*, p.1041; ID., *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen*, 1996; pp.430-431.

708 In tal senso G. MARINUCCI, *op.loc.ult.cit.*, p.1043. Quanto al ragionevole dubbio si vedano, per tutti, F. STELLA, *Giustizia e modernità, op.loc.cit.*, e C. E. PALIERO*, Il "ragionevole dubbio" diventa criterio, op.loc.cit.* Per un ulteriore approfondimento in merito all'operatività del concetto nell'accertamento dell'elemento soggettivo, si veda *supra*, cap.II°, §6.

709 In argomento si veda: H. ZIPF, *Politica Criminale, op.loc.cit*.; F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale, op.loc.cit.*; L. PETTOELLO MANTOVANI, *Pensieri sulla politica criminale, op.loc.cit*., G. FIANDACA – E. MUSCO, *Perdita di legittimazione nel diritto penale, op.loc.cit*.

710 Sulla stessa tematica ci sia consentito un rinvio a P. SILVESTRE, *L'abuso d'ufficio, op.loc.cit*., p.166.

711 Cosi: G. MARINUCCI ed E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, op.cit*., p 19 e d ivi rinvio a p. 191 dove gli Autori precisano che: "*la funzione di limite della responsabilità penale sta alla base dello stravolgimento della categoria del dolo eventuale operata dalla prassi giurisprudenziale per i casi in cui non esiste una corrispondente ipotesi colposa: la giurisprudenza tende infatti a considerare rappresentati ed accettati nell'agente fatti che al massimo l'agente poteva e doveva rappresentarsi, ma che in effetti non si è rappresentato. Si rimprovera quindi a 'titolo di dolo' un fatto che l'agente ha si realizzato per colpa (non se lo è rappresentato pur potendo e dovendo rappresentarselo), ma che non può fondare alcuna responsabilità penale, perché quel fatto non è preveduto dalla legge come delitto colposo*".

snaturata poiché i problemi probatori decidono della sua stessa sopravvivenza come forma di colpevolezza distinta dalla colpa[712].

Ancora più criticabile è poi la prassi probatoria in tema di dolo eventuale[713], per il cui accertamento la giurisprudenza ricorre in genere a regole di esperienza particolarmente labili ed arbitrarie, quali quelle secondo cui il dolo indiretto sarebbe normalmente da escludere nel caso di rischi lievi, mentre sarebbe da affermare in presenza di rischi gravi. In questo modo si corre sì il rischio di presumere *in re ipsa* il dolo eventuale sulla base della mera pericolosità obiettiva della condotta. Di fatto un ritorno alla relazione oggettiva di pericolo della *doctrina Bartoli*.[714]

Storicamente, uno degli effetti della tecnica del *dolus generalis* è stato quello di rendere indeterminato l'oggetto del dolo. Anche oggi ai fini di semplificazione probatoria si agisce nello stesso modo attraverso il concetto di prevedibilità[715]. Contro tale prospettiva si osserva che "*se il dolo vuole essere una proiezione del fatto esteriore sullo schermo mentale del soggetto*", l'evento che deve essere previsto e voluto ex art. 43 c.p., è necessariamente l'evento concreto, calato nel divenire e storicamente circostanziato[716]. Solo questa "*direttrice di concretezza*" consente di preservare i due momenti del dolo: se l'oggetto della rappresentazione è vago o indeterminatamente molteplice (come sembra avvenire nel dolo

---

712 In tal senso, testualmente, G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv.it.dir.proc.pen*, 2003, pp.377-378. Secondo M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol.I° (art.1-84) 3^ed., Milano, 2004, p.448, essendo il dolo il normale criterio di imputazione soggettiva, principale e comportante la punizione più severa, esigenze di giustizia sostanziale, prima ancora che di una corretta politica del delitto, impongono che accertamento del sia condotto dall'accusa, e che di conseguenza il convincimento del giudice si formi sul punto in modo particolarmente rigoroso. F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa, op.cit.*, p.46 nota n°72 avverte: "*L'iter singolare attraverso il quale si compie la maieutica del dolo non deve far pensare ad una semplificazione del suo accertamento. Il carattere indiretto di tale procedimento probatorio non significa che l'accertamento debba arrestarsi alla soglia della verosimiglianza*".

713 In tal senso G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, op.cit.*, p.331; F. MANTOVANI, *Diritto penale, op.cit*., p.336. Vengono giudicate inevitabili le gravi difficoltà che pone l'accertamento di questa forma di dolo in sede processuale: il giudice si trova infatti costretto a esplorare complessi problemi psicologici che si manifestano nel mondo interiore dell'agente, senza che spesso ne sia visibile traccia nella realtà esterna, dove è più agevole trovare segni della "*intenzionalità*" del risultato avuto di mira, che della "*accettazione*" delle conseguenze accessorie. Al contrario, in antico è stata ritenuta disagevole la stessa prova dell'intenzione e le forme di dolo diverse dal dolo intenzionale sono state introdotte proprio per la loro maneggevolezza processuale: peculiarità quest'ultima che trova conferma nella prassi giurisprudenziale odierna. Questa prassi viene descritta in vario modo:sul dolo eventuale come "*grimaldello*", S. PRODOMICI, *Dolus eventualis, op.cit*., p.228, come "*escamotage*", G. A. DE FRANCESCO, *Fatto e colpevolezza nel tentativo*, in *Riv.it.dir.proc.pen*, 1992, p.719, ed in fine come "*comoda scorciatoia*", una volta che ci si appaghi di disinvolte presunzioni, C. PREDAZZI, *op.loc.ult.cit.*, p.1277.

714 Vedi, *supra*, cap.I°, §7.

715 Vedi, *supra*, cap.II°,§3.

716 Cosi: C. PREDAZZI, *op.loc.ult.cit*., p.1266; e G. A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente, op.loc.cit.*, pp.124, 136.

eventuale), questa si riduce ad una prospettazione senza contorni e non può fornire un congruo alimento al volere, pur nella forma attenuata o dell'accettazione (*rectius*, scelta per l'evento) che costituisce l'idea teorica del concetto di volontà maggiormente compatibile con la natura dommatica del dolo eventuale[717]. Ciò, da ultimo, oltre a confermare lo stretto legame tra i temi della struttura, dell'oggetto e dell'accertamento, suggerisce di verificare attentamente che davvero l'oggetto del dolo sia il fatto concreto che corrisponde alla figura legale del tipo incriminato e che l'accertamento verta proprio su tale oggetto[718].

- 2) Verso il definitivo superamento del dolo eventuale. La necessità che sia il legislatore ad adottare una definizione espressa del dolo eventuale nel rispetto del principio di legalità.

Traendo definitivamente le fila del discorso la tematica dell'individuazione del punto di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, oltre che dalle notorie difficoltà probatorie, è stata inquinata, a parere di chi scrive, anche, ed in ugual misura, dalla confusione dei piani che si è venuta a realizzare tra dommatica e diritto positivo.

Cosi, nel corso degli anni, per non dire dei secoli, le ricostruzioni teoriche aventi ad oggetto l'individuazione del *discrimen* tra il dolo eventuale e la colpa con previsione, si sono andate sovrapponendo a strati successivi nei quali, persasi nell'oblio l'origine storica del *dolus eventualis,* esso si è venuto via via a trasformare in un vero e proprio dogma, ritenuto assiomaticamente presente in tutti gli ordinamenti giuridici originati dal diritto comune di matrice canonistica-medieoevale.

Tale conoscenza di fondo in cui risulta essere radicato il dolo eventuale, tuttavia, nel sistema penale italiano, viene ad interferire con il dato normativo del codice vigente emergendo spesso il sospetto che la nostra dottrina, rapita dal fascino delle raffinate disquisizioni teutoniche sul punto, abbia finito con il restare preda di un meccanismo di rimozione mentale, omettendo di rammentare che mente il codice di diritto penale tedesco è privo di una definizione espressa del dolo, al contrario essa è legislativamente formalizzata dall'articolo 43. Articolo nella interpretazione autentica del quale Rocco aveva espressamente riconosciuto la completa estraneità del dolo eventuale all'elemento soggettivo del reato per come era formulato nel codice del 1930.

[717] Ancora C. PREDAZZI, *op.loc.ult.cit.*

[718] Ancora, *supra*, cap.II°, §3 pp.96 e 97.

Quello che va rivelato, tuttavia, è che, separati i piani dell'indagine, appare evidente l'estraneità del dolo eventuale all'ordinamento e la riconducibilità esclusiva degli eventi preveduti e non voluti dall'agente alla colpa aggravata ex art.61 n° 3.

Nel diritto italiano, infatti, non ha senso parlare di normativizzazione del dolo perché il dolo è già un concetto normativo essendo specificatamente definito dal legislatore.

Una realtà che non sembra voler essere riconosciuta è che con la definizione dell'articolo 43 c.p., il legislatore ha voluto recepire una idea di dolo non basata su di un generico rimprovero strumentale ad una concezione funzionalistica della colpevolezza, ma quale concetto psicologico riferito alla volontà e rappresentazione dell'azione e dell'evento, nell'orizzonte dell'etica dell'intenzione.

Il concetto normativo di dolo assunto dal legislatore italiano, dunque, è innegabilmente polarizzato sul concetto psicologico della volontà, concetto che potrà essere sondato, analizzato ed interpretato nelle sue pieghe più recondite, ma che non potrà mai essere negato né aggirato.

Se dunque il dolo eventuale non è riconducibile ad una piena, autentica volizione dell'evento, esso è dolo solo nel contesto dommatico, ma non può essere considerato tale nel nostro diritto positivo, a pena del tradimento del principio di legalità è della sovranità che il popolo esercita per mezzo della sua rappresentanza parlamentare.

Il nostro sistema costituzionale non consente, infatti, che gli interpreti del diritto esercitino una funzione creatrice dello stesso, e tale rischio deve essere scongiurato con maggiore pertinacia proprio la dove l'attività creatrice abbia ad oggetto la manipolazione dell'elemento soggettivo in chiave incriminatrice, con l'introduzione di una forma di dolo quale quello eventuale che è fisiologicamente connotato da una tale flessibilità da essere facilmente strumentalizzabile e piegabile alle più disparate esigenze politico criminali.

Per il principio di legalità e i sui portati concettuali, per l'estraneità al codice penale, per l'insuperabilità del dubbio sul suo accertamento e per le molteplici incompatibilità che lo caratterizzano, il dolo eventuale dovrebbe essere pertanto espressamente disconosciuto e tale restare sino a quando il legislatore non vorrà disciplinarlo *expressis verbis*.

Il rispetto delle ragioni garantistiche sancite in materia dalla *Gründnorm* dell'Ordinamento Repubblicano impone di negare che la giurisprudenza possa essere fonte di produzione del diritto penale. Principio che non può essere aggirato neanche adottando il concetto in un'accezione debole in cui si riconosca che i giudici non creano delle norme generali ed astratte, ma, di fatto, si limitano "solo" a produrre le norme da applicarsi nel caso concreto. E tale resterà il divieto sino a quando non si vorranno mutare i fondamenti

costituzionali del nostro Sistema normativo che, se pur di datata derivazione illuministica, restano tuttora innegabilmente vigenti nella rigida Costituzione italiana, nonostante il disincantato riconoscimento della loro quotidiana mortificazione.

Indice bibliografico

INDICE BIBLIOGRAFICO

AA. VV., *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, a cura di S. MAFFETTONE e S. VECA, Torino-Bari, 1997.

AA. VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A. STILE, Napoli, 1989.

AA. VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte, Atti del convegno internazionale*, Lucca-Pisa, 2-5 giugno, 1988, Milano, 1991.

AA. VV., *Manuale di neuroscienze forensi*, a cura di A. BIANCHI, G. GULLOTTA, G. SARTORI, Milano, 2009.

ABBAGNANO N., *Storia della filosofia*, vol.I°, *La filosofia antica*, V^ed., Torino, 1993.

ABBOT A., *In to the mind of a killer*, in *Nature*, 410, 2001, pp. 296-298.

ADINOLFI G., *Limiti materiali della legalità penale ovvero la necessità di una politica criminale debole*, in *Derecho y Poder*, n°1, 2007, tratto dal sito: *http://Jurnal.transnacional.justice.com*.

ALDOVRANDI P., *Art.2635 c.c.*, in AA.VV., *I reati societari*, (*Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005, n°262 sulla tutela del risparmio*) p.220.

ALIBRANDI A., *Delitto tentato e dolo eventuale*, In *Riv.pen*., 1990, pp.1016 ss.

ALIMENA F., *Il concetto unitario del reato doloso*, in *Riv.it.dir.pen*., 1989, pp.374 ss.

ALOISIO V., *Il problema del dolo nel tentativo*, in *Giust.Pen*., 1983, pp.536 ss.

ALTAVILLA E., *Dolo eventuale e colpa con previsione*, in *Riv.it.dir.pen*., 1957, pp.169 e ss.

ALTAVILLA E., *Dolo di pericolo con evento di danno e colpa con previsione*, in *Riv.it.dir.pen*., 1938, pp.324 e ss.

AMATO G, *Sassi "Killer": contro i lanci dai cavalcavia non servono nuove fattispecie di reato* in *Guida al dir*., n°5, 1997, pp.124-126.

AMIRANTE L., *Storia giuridica di Roma*, Napoli, 1991.

ANGELINI M., *Dolo eventuale e tentativo, una lunga questione ancora in cerca di soluzione*, in *Cass.Pen*., 1993, p.1104.

ANGIONI V., *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen*, 1989, e in particolare: pp. 1489 e ss.,

ANGIONI V., *Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, in AA. VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola*, Torino, 1998, p.194.

ANTOLISEI F., *La volontà nel reato*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, pp.129 e ss.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, 16^ed, Milano, 2002, pp.488 ss.

ARDIZZONE S., *Ai confini tra dolo eventuale colpa: un problematico discernimento a proposito di una fattispecie omissiva impropria,* in *Dir.fam. e per.*, 1987, p.635.

ARDIZZONE S., *Condotte finalisticamente orientate e forme di colpevolezza*, in *Studi in onore di G. MUSOTTO,* vol.II°, Palermo, 1979.

B. Da SALICETO: *In Codicem Commentaria*, Venezia, 1586.

B. Degli UBALDI, *Tractatus universi juris*, vol.II°, *sub "Homicidium"*.

BACIGALUPO E., *La teoria finalistica dell'azione e il suo significato nel diritto penale*, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007.

BAIMA BOLLONE P. – ZAGREBELSKIY V., *Percosse e lesioni personali,* 1975, p.139.

BARATTA A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale,* Milano, 1966, pp.65 e ss.

BASILE F., *La colpa in attività illecita*. *Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva,* Milano, 2005.

BATTAGLINI B., *Considerazioni sul dolo eventuale*, in *Cass.Pen*., 1986, p.469;

BATTAGLINI E., *Volontà e rappresentazione nei delitti dolosi secondo il nuovo codice penale*, in *Riv.Pen*., 1931 p.94.

BATTAGLINI G., *Postilla sul cosiddetto dolo indeterminato*, in *Giust.pen*., 1948, vol.II°, pp. 800 e ss.

BATTAGLINI G., *Considerazioni sul dolo eventuale,* in *Cass.Pen*., 1986, pp.1986 e ss.

BATTAGLINI G., *Diritto penale, parte generale*, vol.III°, 1919, p.439.

BECCARI G., *La conseguenza non voluta*, Milano, 1963.

BECK U., *Risikogesellshaft. Aauf dem Veg in eine andere Moderne,* Frankfurt am Main, 1986, *passim*, trad.it., *La società del rischio,* Roma, 2000.

BEETHAM D., *La teoria politica di Max Weber*, 1985, 2^ed: *Max Weber and the Theory of Modern Politics*), trad. it. a cura di M. T. BRANCACCIO, Bologna, 1989.

BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tűbingen, Mohr, 1906, p.194.

BELLANACA N. A., *Commento a nota Cass., 5 novembre 1971*, in *Tommaso Natale*, 1975, p.139.

BETTIOL G., *Diritto penale, parte generale*, 11^ed, Padova, 1982, p.451, p.562.

BETTIOL G., *Diritto penale*, rivisto ed integrato da L. PETTOELLO MANTOVANI, Padova, 1983, p.83.

BETTIOL G., in *Scritti giuridici*, Padova, 1966,1980,1984.

BETTIOL G., *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 1966, p. 213.

BETTIOL G., *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, in *Scritti Giuridici*, Tomo I°, p.465 e ss.

BETTIOL G., *Sistemi e valori nel diritto penale*, Padova, vol.I°, p.491.

BIANCO F., *Le basi teoriche dell'opera di Max Weber*, Roma-Bari, 1997.

BINDING K., *Die Normen und ihre Überttretung. Eine Unterscuchung über die rechtmäβige Handlung und die Arten des Delikts*, II, 2,2. Aufl., Leipzig 1916, pp.720 ss, 747, 757.

BISCARDI A. – CANTARELLA E., *Profili di diritto greco antico*, II^ed., Milano, 1974.

BONAFEDE M., *L'elemento soggettivo del reato: la colpevolezza in generale*, in *Giurisprudenza sistematica* a cura di F. BRICOLA e G. ZAGREBELSKY, Torino, 1984, p.275.

BOSCARELLI M., *Compendio di diritto penale, parte generale*, 8^ed, Milano, 1994, pp.85 s., pp.139 ss.

BRAMANTE G., *Sviluppi giurisprudenziali in tema di dolo eventuale*, in *L'indice penale*,1995, fas.III°, p.733.

BRAMMSEN J., *Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes – Neue Weg in der Vorsatzdogmatik?*, in *JZ*, 1989, p.79.

BRASIELLO U., *La repressione penale*, in *Diritto Romano*, Napoli, 1937.

BRASIELLO U., *Note introduttive allo studio dei crimini romani*, in *Studia et documenta Historiae et jus*, 1946, pp.171-172.

BREINER P., *Max Weber and Democratic Politics*, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1996.

BRICOLA F., *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto ed accertamento del dolo*, Milano, 1960, pp. 9-11.

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozioni ed aspetti costituzionali*, I, Milano, 1965.

BRICOLA F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, pp.3 ss.

BROCK S. L., *Tommaso D'Aquino e lo statuto fisico dell'animo spirituale*, in *L'Anima, Annuario di Filosofia*, 2004, a cura di V. POSSERTI, Milano, 2004, p.67 e ss.

CADOPPI A., (a cura di) *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Omnis definitio in iure pericolosa*? Padova, 1996.

CADOPPI A., *Mens rea*, in *Digesto pen.*, vol.VII°, 1993, p.618.

CADOPPI A., (a cura di) *Verso un codice penale modello per l'Europa – Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, pp.239 e ss.

CALASSO F., *Medioevo del diritto.* vol.I°. *Le fonti*, Milano 1954, pp. 9-10.

CALISSE C., *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, a cura di E. Pessina, vol.II°, Milano, 1906, p.243.

CAMPISI N., *Rilievi sulla teoria dell'azione finalistica*, Padova 1959.

CAMPITELLI A., *Europenses, Presupposti storici e genesi del diritto comune*, Bari, 1995, in particolare pp. 145 e ss.

CANCELLI F., *Principato, Diritto Romano*, in *Nov.Dig.It.*, Torino, 1966.

CANCELLI F., voce *Dolo (dir. Rom.)*, in *Enc.Dir.*, vol.XIII°, Milano, 1964, p.719.

CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente, ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.

CANESTRARI S., *La definizione legale del dolo ed il problema del dolus eventualis,* in *Riv.it dir proc pen.,* 2001, p.906. p.911.

CANESTRARI S., voce *Responsabilità oggettiva,* in *Dig.disc.pen*., vol.XI°, Torino, 1996, p.119.

CANOCCHIA, *Profili di responsabilità per contagio da H.I.V.,* in *AA. VV., Diritto penale lineamenti di parte speciale*, Bologna, 1998, p.230.

CANTARELLA E., *"Moicheia" e omicidio legittimo in diritto antico,* in *Labeo,* 18, 1972, pp.78 e ss.

CANTARELLA E., *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano, 1979.

CANTARELLA E., *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1970.

CANTARELLA E., *Diritto romano e diritti orientali*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, 2004.

CANZIO G., *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale,* in *Scienza e causalità*, a cura di De Maglie e Seminara.

CANZIO G., *L' "oltre ogni ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2004, pp.303 e ss.

CANZIO G., *La Causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass.Pen*., n°5, 2006, pp.1971 e ss.

CAPRIOLI F., *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., n°1, 2009, pp.51 e ss.

CAPUANO CAPUTO M., *Delitto tentato e dolo eventuale,* in *Riv.pen.,* 1974, p.1074.

CARACCIOLO G., *Note brevi in tema di delitto tentato, e imputazione a titolo di dolo eventuale,* in *Rass. Giust. Mil*., 1984, p.334.

CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto penale*, vol.I°, Milano, 1943, p.184.

CARRARA F., *Opuscoli di diritto criminale*, vol.I°, Lucca, 1870, voce *Dolo*, pp. 291 e ss.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale,* Lucca, 1871, vol.I°, 1886, p.107, *Parte speciale,* vol.VII°, 1881, pp.89-119, *Parte speciale*, vol.VII°, 1883, p.375.

CARRARA F., *Prolegomeni al Programma del corso di diritto criminale. Parte generale, vol.I°, Del delitto, della pena,* p.2.

CARRARA F., *Sunto di una lezione sul dolo,* in *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*, 1860, p.161.

CARRARA F., voce *Dolo*, in *Opuscoli di diritto criminale, op.loc.ult.cit.*, p.306.

CASONATO C., *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Università di Trento, 2006.

CASSINELLI B., *Prospetto storico del diritto penale*, Milano, 1954. pp.30 e ss.

CASTALDO A., *AIDS e diritto penale: tra dogmatica e politica criminale*, in *Studi urbinati*, 1988-1989/ 1989-1990, pp.38 ss.

CASTALDO A., *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.1119.

CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009.

CATARINELLA P., *L'elemento psicologico nel delitto di tentato omicidio: il dolo eventuale,* in *Giur.merit.*, 1998, pp.719 ss.

CATERINI M., *Il reato eccessivo, la preterintenzione dal versari in re illicita al dolo eventuale*, Napoli-Roma, 2008.

CAVALLO V., *Diritto penale parte generale, L'oggetto del delitto penale*, 1955, Napoli, pp.728 ss.

CAVALLO V., *Il delitto tentato*, 1934, p.92.

CAVALLO V., *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, Napoli, 1937.

CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti ed il pensiero giuridico*, Milano, 1982.

CENTONZE F., *Causalità attiva e causalità omissiva, tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità.* in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2001, pp. 277 e ss.

CERQUETTI G., *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo,* Torino, 2004, p.282.

CONTENTO G, *Corso di diritto penale*, vol.I°, Bari, 1996, p.147.

CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, 1990, pp.639 ss.;

CONTI C., *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di A. Scalfati, Milano, 2006, pp.110 e ss.

CORDERO F., *Criminalia, Nascita dei sistemi penali,* Roma-Bari, 1986, p.224.

CORTESE E., *Il rinascimento giuridico medioevale*, Roma, 1992.

COSTA F., *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Milano, 1924, p.62.

COTTA S., *La città politica di S. Agostino*, Milano, 1960, *passim* e specialmente p.133 e ss.

COVARRUVIAS D., *Clementis V costitutionem si furiosus, de Homicidio*, Colonia, 1679.

CRESPI A., - STELLA F. - ZUCCALÀ G., a cura di, *Commentario breve al Codice Penale*, Padova, 2008.

CRESPI A. *L'illegale ripartizione degli utili*, 1986, 2^ed, p.152.

CURI F., *L'istituto della recklessess,* 1998, pp.1006 s.

CURI F., *Tertium Datur, dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato,* Milano, 2003.

D'AGOSTINO F., *Il diritto penale come problema teologico*, Torino, 1992, pp.114 e ss.

D'ALESSANDRO F., *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Cassazione sull' "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv.i.dir.proc.pen*., 2002, pp.737 e ss.

D'ALESSANDRO F., *Oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti nella più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Cass.Pen*., 2006, p.2413.

D'ANDREA D., *L'incubo degli ultimi uomini, etica e politica in Max Weber,* Roma, 2005.

D'ASCOLA V., *Il dolo nel tentativo*, in *Riv.It.dir.proc.pen*., 1979, p.682.

D'ORAZI L., *Colpa cosciente e dolo eventuale nella infortunistica stradale*, in *Cr.Pen*., 1960, p.114.

DAHM G., *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, Berlin-Leipzig, 1931, (*Nötig war ein unmittelbares Wollen der Rechtswidrigkeit*).

DAHM G., *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechwissenschaft*, in *ZStW*, 1938, p.225 e ss.

DAHM G., *Zur Rezeption des romisch-italienischen Strafrechts*, Darmstadt, 1955, p.28.

DAL LAGO A., *L'ordine infranto. Max Weber e il razionalismo*, Milano, 1983.

DANIELE M., *Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio*, in *Riv.dir.proc*., 2007, p. 254.

DE FARIA COSTA J., *Le definizioni legali del dolo e della colpa quali semplificazioni delle norme definitorie del diritto penale*, in AA.VV. a cura di CADOPPI, in *Omnis definitio est in jure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, p.268.

DE FENU G., *Idoneità dell'azione e volontà omicida nell'omicidio tentato*, in *Giust.pen*., 1968, vol.II°, p.664.

DE FRANCESCO G., *Dolo eventuale e colpa cosciente* in, *Riv.It.dir.proc.pen.*, 1988, p.113. pp.145 ss, e pp.148 e ss.

DE FRANCESCO G., *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass.Pen*., n°12, 2009, p.5021, p.5028 e s.

DE FRANCESCO G., *Fatto e colpevolezza nel delitto tentato*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1992, pp.703 ss.

DE FRANCESCO G., *Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, pp.963 ss, p.983 ss.

DE FRANCESCO G., *La concezione del dolo in Francesco Carrara* in *Riv.it.dir.proc.pen*, 1988, pp.1350 e ss.

DE FRANCESCO G., *Prospettive di riforma del sistema penale e nuove tipologie sanzionatorie*, Erice-Palermo, 18/21 novembre 1999, in *Indice penale*, 2000, p.1010.

DE FRANCESCO G., *Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza dell'esecuzione del reato,* Torino, 1998.

DE FRANCESCO G., *Una categoria di frontiera: il dolo eventuale tra scienza, prassi giudiziaria e politica delle riforme*, in *Dir.pen e proc*., n°11, 2009, p.1329 e s.

DE FRANCISCI P., *Primordia Civitatis*, Roma, 1959.

DE FRANCISCI P., *Sintesi del Diritto Romano*, 3^ed, revisionata da F. CANCELLI, Roma, 1968, pp.485 e ss; sulla *cognitio extra ordinem*: pp. 494 e ss.

DE MARSICO A., *Colpa con previsione e dolo eventuale*, in *Scritti in onore del prof. Ugo Conti*, Città di Castello, 1932, pp.305 e ss.

DE MARSICO A., *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli, 1930, p.152.

DE MATTEIS L., *Dolo eventuale e tentativo*, in *Cass. pen*., 1997, vol.II°, pp.991 ss.

DE SANCTIS A. M., *Sulla compatibilità tra dolo eventuale e delitto tentato*, in *Cass.Pen*., 1988, pp.2065, ss.

DE SIMONE, *L'elemento soggettivo del reato: il dolo*, in BRICOLA F. – ZAGREBLESKY G., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1996, pp.483 ss.

DEAN F., *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967.

DEL GIUDICE P., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano a cura di Enrico Pessina*, vol.I°, Milano, 1905, p.469.

DEL RE M. C., *Culti emergenti e diritto penale*, Napoli, 1982, *passim*.

DELITALA G., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Annuario dell'Università Cattolica del Sacro Cuore*, 1932, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol.I°, Milano, 1976, p.349 e p.436 ss.

DELITALA G., *Dolo eventuale*, in *Diritto penale, raccolta degli scritti*, vol.I°, Milano, 1972, pp.433 ss.

DELOGU T., *La teoria dell'intensità del dolo*, in *Annali di dir. e proc.pen.* 1935, p.849., p.863;

DEMURO G. P., *Alle origini del concetto di dolo: dall'etica di Aristotele al diritto romano* in *Diritto@Storia, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, quaderno n°5, 2006, sul sito www.dirittoestoria.it.

DEMURO G. P., *Prologomeni storici allo studio del dolo* in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2006, p.1410 e ss.

DI GIOVINE O., *Considerazioni su interpretazione retorica e Deontologia in diritto penale* in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2009, vol.XII°, pp.93 e ss.

DI GIOVINE O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, Bioetica e Neuroetica*, Torino, 2009, pp.183 e ss.

DI GIOVINE O., *L' interpretazione nel diritto penale, tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

DI GIOVINE O., *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, vol.II°, p.601, pp. 608-617.

DI LORENZO A, *I limiti tra dolo e colpa*, Napoli, 1955, pp.79 e ss.

DI LUZIO R., *Dolo eventuale e tentativo*, in *Temi Romana*, 1990, *Fasc.1-2*, pp.225 ss.

DI SALVO A., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Cass.Pen*., n°2, 2003, p.1932. In giurisprudenza: Trib. Ravenna, 3-5-1999, in *Supp.rass.med.leg.prev.*, 2000, p.23-31.

DI SALVO E., *Forma del dolo e compatibilità tra il dolo e il tentativo,* in *Cass.Pen*., 1996, vol.II°, pp.2190 ss.

DOLCINI E., *L'imputazione dell'evento aggravante, un contributo di diritto comparato*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1979, pp. 741. 755. 761.

DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p.78 e ss.

DOLCINI E., *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*. *Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale* in, *Riv.it.dir.proc.pen*., 2000, p.863.

DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991, pp. 547 ss.

DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento. "nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, *passim*.

DONINI M., *Teoria del reato, un introduzione*, 1996, Padova, pp.3ss., p.329. pp.197 ss.

DONINI M., voce *Teoria del reato*, in *Dig.dics.pen*, vol.XIV°, p.221 a 297 e, in particolare, pp.276 e ss.

DONINI M., *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in ID., *Alla ricerca di un disegno – Scritti sulle riforme in Italia*, Padova, 2003, pp.165 e ss e, *quivi*, pp.201 e s.

DONINI M., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1989, pp. 589 e ss.

EASTMAN N. – CAMPBELL C., *Neuroscience and legal determination of criminal responsibility*, in *Nature reviews Neuroscience*, 2006, p. 331.

END H., *Existenzielle Handlungen im Strafrecht*, *Die Pflichtenkollision im Lichte der Philosophie von Karl Jaspers, Beck*, München, 1959.

ENGELMANN W., *Die schullehere der postgossatoren,und ihre Fortentwiklung, 2. Auf. (Leipzig 1885), rist. Aalen 1965*, p.85-86.

ENGISCH K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin 1930 (rist. Aalen 1964), p.177.

EUSEBI L., *Il dolo come volontà*, Brescia, 1992.

EUSEBI L., *Ripensare le modalità di risposta ai reati traendo spunto da C. Eur.Dir. Uomo 19 Giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass.Pen*., n°12-2009, pp.4938 e ss.

EUSEBI L., *Appunti sui confini tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2000, p.1086.

EUSEBI L., *Confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, p.1089, in nota n°102.

EUSEBI L., *Il dolo nel diritto penale*, in *Studium juris*, 2000, p.1076.

EUSEBI L., *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1987, pp.1068 ss p.1076.

FERRINI C., *Diritto penale romano, Esposizione storica e dottrinale*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di Pessina, vol.I°, Milano, p.40, e a p.51.

FERRUA P., *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di Filippi, Padova, 2007, pp.143 e ss.

FEUERBACH A., *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, Giessen, 1826.

FEUERBACH A., *Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere*, in *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, Göttingen, vol.II°, 1800.

FEUERBACH A., *Critica al progetto di Kleinschrod* (*Kritick des Kleinschrodischnen Enwurfes zur einem peinlichen Gesetzbuche fur die Chur-Pfalz Bayerischen Staaten*, p.97, estratto da *Bibliothek fur die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, Göttingen vol.III°, 1804).

FEUERBACH A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 4. Aufl., Giessen 1808, pp. 59-60.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, 6^ed, Bologna, 2009.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?* In *Riv.it.dir.proc.pen*., 1994, p.22; p.23 e ss.

FIANDACA G., *Il sistema penale tra utopia e disincanto*, in *Diritto penale alla svolta di fine millennio, Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola*, a cura di S. CANESTRARI, Torino, 1998.

FIANDACA G., *Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?* Nota a sentenza G.U.P., Roma del 20 novembre 2008, imp. Lucidi, in *Foro it*., n°7-8, 2009, pp.414 ss.

FIGIACONI I., *Ancora un intervento delle Sezioni Unite, sulla distinzionetra dolo diretto e dolo eventuale in tema di tentato omicidio*, in *Riv.pen*., 1997, n°1, pp.56 ss.

FILIE M., *Delitto tentato e dolo eventuale*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1983, p.744.

FINZI M., *"Previsione senza volizione" nel diritto penale*, in *Scuola Positiva*, 1922, p.163.

FINZI M., *Volizione diretta verso un risultato che sta fuori degli atti esterni d'esecuzione di un reato*, in *Studi in onore di A. Rocco*, vol.I°, Milano, 1952, pp. 382 e ss.

FIORE A., *Diritto penale*, vol.I°, Torino, 1993, p.134 ss.

FIORE A., voce "*Azione finalistica*" in *Enc.giur.Treccani*, vol.IV°, Roma, 1988.

FIORE C., *Ciò che è vivo e ciò che è morto della teoria finalistica in Italia*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2003, pp.380 ss.

FIORI R., *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996.

FLORA G., *La difficile interpretazione del principio di colpevolezza, riflessioni per l'anniversario della sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 5 c.p.,* in *Giur.It.*,1989, VI, p.337.

FLORIAN E., *Parte Generale del Diritto penale*, 4^ed., Milano, 1934 p. 465.

FORNASARI G., in *Introduzione al sistema penale*, AA.VV., Torino, 2000, p.156.

FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, ed in particolare pp.: 177 ss; pp.: 215 ss; pp.: 307 ss.

FORTE G., *Morte come conseguenza di contagio da HIV: profili soggettivi*, p.289.

FORTE G., *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente*? In *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, p.228; p.232.

FORTE G., *Dolo eventuale e colpa cosciente, tra divieto d'interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, p.19.

FORTE G., *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, In *Riv.it.dir.proc.pen.*, vol.II, 2000, pp.822 ss.

FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp.117 s.

FORTI G., *Personalismo del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, n°2, 2008, pp.597-631.

FORTI M., *Il dolo nel tentativo, ancora problemi*, in *Cass.pen.*, 1996, p.1784.

FOUCOULT M., *Sorvegliare e punire,* trad.it., Torino, 1976, pp.5 ss.

FRISCH W., *Offene Fragen des dolus eventualis,* in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1991, p.23.

FRISCH W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des Tatbestands-mäßigen Verhaltens und des Vorsatzes, Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen* Köln–Berlin–Bonn–München, 1983, *passim* ed in particolare alle pp.46 ss. p.341. pp.496 ss.,

GALIMBERTI U., *Psiche e teche*, Milano, 1999, pp.33 ss.

GALLO E., *Il delitto di attentato*, 1966.

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Torino, 2000, pp.15 ss.

GALLO M., *Appunti di Diritto Penale, vol.2°, parte2^*, con la collaborazione di M. Anisano, Torino, 2001, p.127.

GALLO M., *Il dolo, oggetto ed accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952, *op.cit*., p.222 e ss.

GALLO M., *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca,* Milano, 1950.

GALLO M., *Le forme del reato*, 1967, p.63.

GALLO M., *Voce dolo (dir.pen.)*, in *Enciclopedia giuridica Giuffré*, Milano, 1992, p.750.

GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Roma, 2009, p.734, p.736.

GERALDI M., *Il dolo specifico*, Padova, 1996.

GESSLER P., *Äüber den begriff und die arten des dolus*, 1860, pp.15 ss.

GIOFFREDI C., *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, p.14-15.

GIUFFRE' V., *La repressione criminale, nell'esperienza romana,* Napoli, 1998, p.12.

GIUNTA F., *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol.I°, Milano, 2000, p.63.

GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, vol. I, Padova, 1993, p.187.

GNOLI F., voce *Diritto penale nel diritto romano*, in *Dig.disc.pen*., vol.IV°, Torino, 1990, p. 46.

GOLDSTEIN A. M. –MORSE S. J. –SHAPIRO D. L., *Evaluation of criminal responsibility*, in *Forensic Psycology*, 2003, Wiley, New York, pp.381-406.

GRASSO G., *Il principio "nullum crimen, nulla pena sine lege" nella Costituzione italiana*, 1972.

GRASSO L. – ROBERTI M., *Dolo eventuale e minore età*, in *Cass.Pen*., 1987, p.847.

GREEN J. – COHEN J., *For the law, neurosciences changes nothing and everything*, one contribution to the theme Issue "*Law and the brain*", in "*Phil.Trans.Royal Society*", London., B., 2004, 359, n°1451, p.1778;

GROSSMANN, *Die granze von vorsatz un fahrlässingeit*, 1924, p.53.

GROSSO C. F., *Principio di colpevolezza nello schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, in *Cass.Pen*., 1995, p.3125.

GROSSO C. F., *Questioni aperte in tema di imputazione del fatto*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1993, p.21.

GROSSO C. F., *Responsabilà penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.409.

GROSSO C. F., voce *Dolo* (dir.pen.), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol.XXII°, 1989.

GROSSO G., *Storia del diritto romano*, 5^ed. Torino, 1965, pp.462-463.

GUARALDO R., *Dolo eventuale e delitto tentato*, in *Cass.Pen.*, 1985, vol.II°, pp.1515 ss.;

GUARALDO R., *Dolo eventuale e delitto tentato: profili di un'incompatibilità* in *Cass.Pen*., 1984, pp.496 s.; *ivi*, 1985, p.1515.

GUARDATA M., *L'ignoranza della legge penale dopo l'intervento della Corte Costituzionale: prime impressioni*, in *Cass.Pen*., 1988, p.1152.

GULLOTTA G., *La responsabilità penale nell'era delle neuroscienze*, cap.I°, pp. 3-15.

HART H. L. A.., *Punishment and responsability*, Oxford, 1968.

HASSEMER W., *Caratteristiche del dolo*, in *Ind.Pen.*, 1991, pp.481 e ss.

HASSEMER W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, pp.206 ss.

HASSEMER W., *Kennzeichen des Vorsatzes* (in *Armin Kaufmann – GS*, 1989), trad. it. di Canestrari S., in *Ind.pen.*, 1991, pp.488-489.

HASSEMER W., *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, trad. it. In *Archivio Penale* 1982, pp.48 ss.

HERZBERG R. D., *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewubt fahrlässigkeit – ein problem des objektiven Tatbestandes*, in *jus*, 1986, pp.249 ss.

HILLENKAMP T., *Dolus eventualis und vermeidwillen, in Gedächtnisschrift für Armir Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, p.351.

HIRSCH H. J., *Principi, sviluppi e fraintendimenti del "finalismo"* trad. it., a cura di F. VIGANO', in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007.

HRUSCHKA J., in *Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes*, in *Gössel-Kaufmann, Strafverfahen im Rechtsstaat*. Munchen,1985, p.197.

IACOVIELLO F. M., *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *Cass.Pen*., 206, p.3870.

ILLUMINATI G., *Giudizio*, in AA.VV. *Compendio di procedura penale* a cura di G. CONSO, e V. GREVI, Padova, 2000, pp.597 e s.

IMPALLOMENI G. B., *L'omicidio nel diritto penale*, II^ed., Torino, 1900, pp. 243-245.

IMPARATI F., *Le leggi ittite*, Roma, 1964.

ITRI P., *Tentativo, dolo eventuale, reato complessivo, reato progressivo*, in *Giur.mer*., 1998, vol.IV°, p.1088.

JAKOBS G., *Strafrecht*, Berlin–New York, 1983, p. 222. p.590.

JESCHECK H. H. –WEIGEND T., *Lenhrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 1996, p.292.

JESCKECK H. H., *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., 1978, p.417.

JONAS H., *Das Prinzip Verantwortung*, 1979, Insel Verlang, FranKfurt am Main. Trad.it a cura di P. P. PORTINATO, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2002.

KAUFMANN Arm., *Der dolus eventualis im deliktsaufbau*, in ZStW, 1958, pp.64 ss.

KAUFMANN Arth., *Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*, in *JZ*, 1963, p.433.

KING J. A., *Doing the right thing: a common neutral circuit for appropriate violent or compassionate behavior*, in *Neuroimage*, 2006, pp.1069-1076.

KLEE K., *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlin, 1906, p.4 e ss.

KÖHLER M., *Die bewusste Fahrlässigkeit. Ein strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg 1982, pp.330 ss.

LACMANN W., *Die abgrenzung der schulformen in der Rechtslehre und im Vorenftwurf zu einem deutchen strafgesetzbuch*, in *ZStW*, 1911, p.159.

LATTANZI G. - LUPO E., *Codice penale, rass. di giur. e dottr*. vol.II°, tomo I, Milano, 2000, p.193, p.206.

LAUDAN L., "*Is Reasonable Doubt Reasonable?*", in *Legal Theory*, n°9, 2003, pp.295 e ss.

LEVI N., *Il codice penale illustrato*, 1934, p.248.

LHERMITTE F., *"Utilization behavior" and its relation to lesions of the frontal lobes*, in *Brain*, 1983, pp.47-57.

LIBERATI G., *Mommsen ed il diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n°6, 1976.

LICCI G.**,** *Dolo eventuale*, in *Riv.it. dir.proc.pen.*, 1990, pp.1498, p. 1499. 1501.

LÖFFLER A., *Die Schuldformen des Strafrechts. In vergleichend-historischer und dogmatische Darstellung*, Leipzig, 1895.

LOZZI G., voce *Favor rei, in Enc.dir.*, vol.XVII°, Milano, 1968, pp.10 ss.

LUCREZI F., *L'uccisione dello schiavo in diritto ebraico e romano*, Torino, 2001.

LUNGHINI G., *problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol.I°, Milano, 2006, p.409.

MAGGIORE G., *Diritto penale parte generale*, vol.I°, 1949, p.545.

MAGLIO M. G., *Il dolo nel diritto penale*, in *Riv.pen.*, 2001, fasc.9, p.693.

MAGLIONA A., *Contagio da H.I.V./AIDS, per via sessuale, alcuni spunti di riflessione medico legale*, in *Dir.pen.proc.*, 2000, p.1525.

MAINA C., *La riqualificazione dell'elemento soggettivo smonta la tesi del "dissennato divertimento"*, in *Guida al dir*., 1996, n°41 p.55 a 62.

MAINA: I casi di Testimoni di Geova che rifiutino di sottoporre i figli a terapie emo-trasfusionali in *Guida al dir,* n°41 p.75.

MAJNO L., *Commento al codice penale italiano*, 3^ed, parte I, Milano, Roma, Napoli, 1911, pp.109 ss.

MALINVERNI A, *Scopo e movente, nel diritto penale*, 1955, p.138.

MALINVERNI A., *La premeditazione come indice della capacità criminale,* in *Riv.It*. pp.51 s.

MALINVERNI A., *Pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio nel'attività bancaria*, in S*tudi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, vol.II°, p.722.

MANNA A., *Considerazioni in tema di abuso d'ufficio,* in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 2007, vol.3°, p.770.

MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, in *Seminario Internazionale organizzato dal C.E.D., su "I reati informatici"*, Roma, 15-16 dicembre 2000.

MANNA A., *Corso di diritto penale, Pt.Gen*., vol.I°, Padova, 2007, p.328.

MANNA A., *Alla ricerca di una terza forma tra dolo e colpa*, in A. CADOPPI, (a cura di) *Verso un codice penale modello per l'Europa – Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, pp.239 e ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2000, p.320.

MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, 4^ed, Padova, 2001, p.320. p.322. p.324.

MANTOVANI F., *Ignorantia legis, scusabile ed inescusabile*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1990, p.379.

MANTOVANI F., *Principi di diritto penale*, Padova, 2002, p.149.

MANTOVANI F., *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv.it.dir.proc.pen.,* 1981, p.456.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano,* Torino, 1985, pp.752 ss.

MARCIANO G., *Colpa con previsione e dolo eventuale*, in *Scritti in onore del Prof. Ugo Conti, op.cit*., pp.305 e ss;

MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p.455. pp.475 s.

MARINI G., *voce Condotta* in *Dig.disc. pen*., vol.III°, Torino, 1989, pp.13 ss.

MARINI G., voce *NulIum crimen, nulla pena sine lege*, in *Enc.dir.,* Vol.XXVIII°, Milano, 1978, p.950.

MARINO G., *Soziale Gerechtigkeit e Risikogesellschaft*. *Per la lettura della Rechtsphilosophie di Arthur Kaufmann*, in *Riv.int.fil.d.dir*., n°1, 2009, pp.42 e ss.

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, 1, Milano, 2001, III^ed., pp.429 ss.

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, Milano, 2009

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2004, pp.39 a 42, p.99.

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, 2^ed., Milano, 2006, pp.281 ss.

MARINUCCI G., *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.,* 2003, p.377 e pp.362 ss.

MARINUCCI G., *Il reato come "azione". Critica di un dogma,* Milano, 1971, pp.153 ss.

MARINUCCI G., *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2002, p.1041.

MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, pp.2 ss. p.216.

MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1991; pp.3 ss.

MARINUCCI G., *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen.,* 1996, pp.424-425.

MARRONE M., *Istituzioni di Diritto Romano*, 1994, Firenze, pp.37 e ss.

MASIELLO T., *Mommsen e il diritto penale romano*, Bari, 1997.

MASSA M., *Contributo all'analisi del giudizio di primo grado,* Milano.

MASUCCI M., *"fatto" e "valore" nella definizione del dolo*, Torino, 2004.

MAYER H., S*trafrech, AT, Stuttgart*, 1967, p.118.

MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale, l'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983, pp.5 ss. pp.286 s.

MELCHIONDA A., *Definizioni normative e riforma del codice penale (spunti per una rinnovata riflessione sul tema),* in *Omnis definitioin jure pericolosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 1996, p.428.

MEZGER E., *Strafrecht*, Berlin, 1955, p.328.

MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, p.5, pp.190 ss.

MOCCIA S., *Carpzov e Grotio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, ristampa, 1988.

MOCCIA S., *La situazione spirituale della scienza giuridico-penale italiana nel secondo dopoguerra e la prospettiva finalistica*, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007.

MOMMSEN T., *Römischess Strafrecht*, Leipzig, 1899, ristampa, Aalen, 1990.

MONACO L., *Cenni di Diritto penale Romano*, appendice a G. FRANCOSI, *Manuale di Storia del Diritto Romano*, Napoli, 2005, *passim.*

MONTANARA G., *Voce tentativo, (dir.vig.),* In *Enc.Dir*., vol.XVIV, Milano, 1992, pp.117 ss.

MORGANTE G., *In tema di attentato alla sicurezza dei trasporti: limiti della disciplina attuale e prospettive di riforma*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1998, pp.568 e ss.

MORSELLI E., *voce Tentativo,* in *Dig.d.disc.pen*., vol.XIV°, 1999, p.189.

MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo,* in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1998, p.44.

MORSELLI E., *Coscienza e volontà nella teoria del dolo*, in *Arc.Pen*., 1966, vol.I°, p. 401., p.406.

MORSELLI E., *Il dolo eventuale nel delitto tentato,* in *Ind.pen.*, 1978, pp.33 ss.

MORSELLI E., Il *ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato,* 1989, pp.112 ss.

MORSELLI E., *Il tentativo, in Giust.pen.*, 1988, vol.II°, p.132.

MORSELLI E., *L'elemento soggettivo del reato nella prospettiva criminologica*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1991, pp. 97-98, p.103.

MORSELLI E., *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind.Pen*., 2000, pp.11 e ss.

MUCCIARELLI F., *Errore e dubbio, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/1988* in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1996, p.223.

MUSCO E. – con la collaborazione di M. N. MASULLO – *I nuovi reati societari*, III^ed, Milano, 2007.

MUSOTTO, *Il dolo specifico*, in S*tudi in onore di Francesco Antolisei*, Milano, 1966, vol.II°, pp.363 ss.

NAPPI A., *Guida al Codice di Procedura Penale*, 2^ed., Milano, 2001, pp.171 e ss.

NAPPI A., *Guida al Codice Penale, Parte generale*, 8^ed, Milano, 2008, p.229.

NEPPI MODONA G., *Diritto penale e positivismo*, in AA.VV., *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano, 1985.

NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*,1973, pp.393 ss.

NICOSIA A., *Contagio da H.I.V. tra marito e moglie, omicidio doloso*, commento a sentenza Trib. Cremona, 14/ottobre/1999, in *Foro it*., 2000, vol.II°, pp.348 ss.

NOBILI M., *La nuova procedura penale*, 1989, Bologna, p.165 e pp.285 ss., il quale approfondisce particolarmente il tema della motivazione come garanzia costituzionale e come limite al convincimento del magistrato.

NUVOLONE P., *L'opzione penale*, in *Ind.Pen*., 1985, pp.241 e ss.

ORLANDI R., *Effettività della sanzione penale e principi costituzionali*, in *L'effettività della sanzione penale*, a cura di Giunta-Orlandi-Pittaro-Presutti, Milano, 1998, pp.37 e ss.

PADOVANI T., *Il grado della colpa,* in *Riv.it.dir.proc.pen.,* 1962, p.861.

PADOVANI T., *Concezione finalistica dell'azione e teoria del concorso di persone nel reato,* in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2003, pp.395 ss. C. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa,* in *Riv.it.dir.pen*., 1950, p.259.

PADOVANI T., *Diritto penale,* 3^ ed., Milano, 1999, p.255.

PADOVANI T., *Diritto penale*, 5^ed, Milano, 2001, pp.360 ss.

PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale,* in *Ind.Pen*., 1999, pp.528-529.

PADOVANI T., *La disgregazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv.it.dir.proc.pen,* 1992, ed in particolare pp.437 e ss.

PAGLIARO A., *Diritto Penale, Pt.Gen., Il Reato,* Milano, 2007, II, V, 2.1.

PAGLIARO A., *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1992, pp.779 e ss.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale., pt.gen*., 7^ed, Milano, 2000, p. 271.p.276.

PAGLIARO A., *Trattato di diritto penale parte generale, Il reato,* Milano, 2007.

PAGLIARO A., *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? In tema di dolo eventuale, Dolus in re ipsa ed errore su legge penale*, in *Cass.Pen.*,1991, p.116, p. 312, pp.322 e ss.

PAGLIARO A., *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato,* in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.632.

PAGLIARO A., *Colpevolezza e responsabilità obiettiva, aspetti di politica criminale ed elaborazione dogmatica*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, pp.387 e ss.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale (parte generale)*, Padova, 2000, pp.510 ss.

PAGLIARO A., *Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., n°1, 2008, pp.31 ss.

PALAZZO F. C., *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.920.

PALAZZO F. C., *Il Principio di determinatezza nel diritto penale,* Padova, 1979.

PALAZZO F. C., *Corso di diritto penale, parte generale*, 3^ed, Torino, 2008, p.308.

PALIERO C. E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1992, p.849.

PALIERO C. E., *Il "ragionevole dubbio" diventa criterio*, in *Guida dir.*, 2006, n°10, p.73 e ss.

PALIERO C. E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?* In *Riv.it.dir.proc.pen*., 1994, p.1250.

PANNAIN R., *Manuale di Diritto Penale (pt.gen.)*, vol.I°, 3^ed, Torino, 1962, p.324.

PANNAIN R., *Manuale di Diritto Penale*, 4^ed, I, *Parte generale,* Torino,1967, che a p.376. p.437.

PANNAIN R., *Voce lesioni e percosse*, in *Novissimo Digesto It*., vol.IX°, p.759.

PATALANO V., "*Premeditazione*", in *Enc.Dir*., vol.XXXIV°, Milano, 1985, pp.1023 ss.

PATANE' S., *Il dolo eventuale nel tentativo,* in *Giust.pen*., 1992, parte seconda, p.556.

PATERNITI C., *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, Milano, 1978.

PATERNITI C., voce *Responsabilità oggettiva (dir.pen.),* in *Enc.Giu*., vol.XXVII°, Roma, 1991.

PECORARO ALBANI A., *Il dolo eventuale nel delitto tentato*, 1959, p.207.

PECORARO ALBANI A., *Il Dolo*, Napoli, 1955, pp.3 e ss.

PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?* In *Riv.it.dir.proc.pen*., 2000, pp.1269-1270.

PERTILE A., *Storia del diritto italiano,* 2^ed., vol.V°, (*Storia del diritto penale*), rist.anast. Bologna, 1966, p.1.

PESSINA E., *Elementi di diritto penale,* Napoli, 1880, pp.159-160 e pp.313- 314.

PESSINA E., *Enciclopedia del diritto penale*, Napoli, 1904.

PESSINA E., *Propedeutica al diritto penale*, Napoli, 1858, p.65 e 69.

PESSINA E., *Manuale di diritto penale italiano*, 3^ed., 1906 p.92.

PETROCELLI B., *Il delitto tentato, Studi*, Padova, 1995, pp.30 ss.

PETTOELLO MANTOVANI M., *Pensieri sulla politica criminale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol-1°, *Dir.Pen*., Milano, 2000, pp.417 e ss.

PHILIPPS L., *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko*, in ZStW, 1973 pp.27 ss., p.38.

PICOTTI L., *Il dolo specifico*, Milano, 1993, pp.578 ss.

PIERGALLINI C., *Attività produttive ed imputazione per colpa:* "*prove tecniche di un diritto penale del rischio*".

PIERGALLINI C., *La regola dell' "oltre ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in AA. VV., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di Bargis e Caprioli, Torino, 2007, p.361.

PIETROPOLLI CHARMETT G., *Il "gruppo" di adolescenti che lancia le pietre*, in *Dir.pen. e proc*., 1997, pp.907 e ss.

PIOLETTI U., *Manuale di diritto penale* (*pt.gen*.), Napoli, 1969, p.155.

PISANI M., MOLARI A., PERCHIMUNNO V., CORSO P., GAITO A., SPANGHER G., *Manuale di procedura penale*, Bologna, 2008.

PONGILUPPI C., *Dolo generale e preterintenzione; la realizzazione del rischio come criterio risolutivo nelle indicazioni della Cassazione*, nota a Cass., Sez.v^ pen, Sent. n°3946 del 3 dicembre 2003, Belquacem, in *Cass.Pen*., 2004, fasc.1°, pp.38 e ss.

POTETTI A., *I nuovi lineamenti del reato di omicidio colposo e lesioni colpose, conseguenti al c.d., "pacchetto sicurezza",* pp.550-567.

PREDAZZI C., *Il tramonto del dolo* in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, p.1266.

PROSDOCIMI S., *Considerazioni sul dolo eventuale e colpa con previsione* in AA. VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, pp. 271 e ss.

PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis, Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p.41, pp.114 e ss.

PROSDOCIMI S., *Il reato doloso*, in, *Dig.disc.pen.* 1996, vol.XI°, p.237.

PUGLIESE G., *Diritto penale romano*, in *Il diritto romano. La costituzione, Caratteri, Fonti. Diritto privato. Diritto criminale. (Guide allo studio della civiltà romana*, 6), Roma, 1980, p.249.

PUGLIESE G., *Il diritto criminale Romano*, in *Guida allo studio dell'antichità classica*, a cura di ARNALDI e USSANI, Milano, 1963.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, 3^ed, Torino, 2009, p. 168 a 175, pp.336 s.

PULITANÒ D., in *Commentario breve al codice penale*, a cura di *Crespi, Stella, Zuccalà*, 2^ed, Padova, 1992.

PULITANO' D., *L'errore di diritto nella teoria del reato,* Milano, 1976, p.105.

PULITANO' D., *La politica e le riforme*, in *Atti del convegno "Gli 80 anni del Codice Rocco"*, Bologna, 12-20 Marzo 2010, testo provvisorio, p.15.

PULITANO' D., *Sui rapporti tra diritto penale e Processo in Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, p.955.

PULITANO' D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, pp.686 e ss.

PUPPE I., *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *Zeitschhrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,*1991, pp.18 ss. p.26.

PÜTTMAN J. L. E,, *Elementa juris criminalis,* Leipzig, 1779, §36.

RAMACCI F., *Istituzioni di diritto penale*, 1988, pp.224 s.

RAMPIONI R., *Dalla parte degli "ingenui", Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza "creativa"*, Padova, 2007, pp.119 ss.

RANIERI S., *Manuale di diritto penale parte generale*, vol.I°, 4^ed, 1984, p.404.

RANIERI S., *Manuale di diritto penale, parte generale*, vol.I°, 1968, p.405.

RAYMONDI G., *Considerazioni su colpa cosciente e dolo eventuale nei culti emergenti*, in *Giur. di mer*., 1987, pp.409-421,

REALE G., *Storia della filosofia greca e romana*, vol.IV°, *Aristotele ed il primo peripato*, Milano, 2004, p.189.

RENDE D., *Dolo di danno, dolo di pericolo, e colpa con previsione,*in *Studi in onore di M. D'Amelio*, vol-III°, Roma, 1932, p.234 e ss;

RESTA A., *Dolo eventuale e delitto tentato ai confini della possibilità*, in *Giurisp. Di Mer.*, 1986, pp.493 ss.

RICCIO S., *I delitti aggravati dall'evento*, Napoli, 1936, p.51.

RICCIO S., *Il dolo eventuale*, Napoli, 1940, p.105.

RIGO F., *Dolo e tentativo*, in *Cass.Pen.*, 1997, p.964.

RIZ R., *Lineamenti di diritto penale, (pt.gen.),* Padova, 3^ed., 2001, p.255. p.347.

RIZ R., *Lineamenti di Diritto Penale, Parte Generale*, 5^ed, 2006, Padova, pp.255 ss.

ROCCO A., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol.4°, *Atti della commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, parte 11ª, *Verbali delle sedute della commissione*, (Libro I del Progetto), Roma, 1929, in pp.131 e ss.

ROCCO A.: *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, poi edito in *Riv.it.dir.pen.*, I, 1910, p.497-582.

ROMANO M. – GRASSO G., *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2005, vol.1°;

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol.I° (art.1-84) 3^ed., Milano, 2004, p.448.

ROMANO M., *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, n°3, 2008, pp.985 a 1003.

ROXIN C., *Pregi e difetti del finalismo. Un bilancio*, trad it. a cura di A. CAVALIERE, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007, p.45.

ROXIN C., *Zur abgrenzung von bedingtem vorsatz und bewusster fahrlässigkeit*, *Jus*, 1964, p.53.

ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Aufl., München, 2006, pp.445 ss.

ROXIN C., *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, in *Festschrift Rudolphi*, Neuwied 2004, pp.255 ss.

RUDOLPHI H. J., in *SKStGB*, 5 aufl., 1988, § 16, n. 39.

RUDOLPHI H. J., *Sistematischer Kommentar zun StGB*, A.T., vol.I°, 1986, §22, p.8.

RUELLO G., *In tema di delitto tentato e dolo eventuale*, in *Riv.Pen.*, 2000, p.649.

SAMMICHELI L. – SARTORI G., *Neuroscienze ed imputabilità*, 2008, tratto dal sito: http://www.personaedanno.it.

SANT. AGOSTINO, *Retractationes, Liber primus*, 8,4.

SANTALUCIA B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, II ed., Milano 1998, pp.1 ss.

SANTAMARIA D., *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo*, Napoli 1961, ora in *Scritti di diritto penale*, a cura di La Monica, Milano 1996, pp.105-106.

SANTAMARIA D., *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955.

SANTAMARIA D., voce *Colpevolezza*, in *Enc.Dir.*, vol.VII°, 1960, pp.646 e ss.

SANTORO A., *voce Tentativo,* in *Novissimo Digesto italiano,* Torino, 1971, vol.XVIII°, pp.1133 ss.

SANTOSUOSSO A., (a cura di) *Le neuroscienze e il diritto,* in *Questione Giustizia,* 2009.

SANTOSUOSSO A., *Il dilemma del diritto di fronte alle neuroscienze,* in *Atti del convegno "Le neuroscienze e il diritto",* Milano, 19 Dicembre 2008, p.11 e ss.

SAPOLSKY R. M.; *The frontal cortex and the criminal justice system,* in *Phil.Trans.Royal Society,* 2004, B, 359, pp.1787-1796.

SAPORETTI A., *Antiche leggi. I "codici" del vicino Oriente Antico*, Milano, 1998.

SAUER B, *Grund lagen des strafrechts*, 1921, p.609.

SBRICCOLI M., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, Stato e cultura giuridica dall'Unità alla Repubblica, a cura di A. SCHIAVONE, Bari, 1990, pp.147 ss.

SBRICCOLI M., *Caratteri originali e permanenti nel sistema penale italiano* (1860-1990) in *Storia d'Italia*, Annali, n°12, *La criminalità*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1997, pp.487 e ss.

SBRICCOLI M., *Giustizia Criminale,* in *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto,* a cura di FIORAVANTI, Roma-Bari, 2002, p.168.

SBRICCOLI M., *Il diritto penale liberale. La "rivista penale", di Luigi Lucchini 1874-1900,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 1987, pp.109 e ss.

SBRICCOLI M., *Il diritto penale sociale,* 1883-1912, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* Milano, 1975, pp.557.

SCARANO L., *IL tentativo*, Napoli, 1952, p.60 ss.

SCHAFFSTEIN F., *Der Streit um da Rechtsgutsverletzungsdogma*, in *DStR*, 1937, pp.35 e ss.

SCHAFFSTEIN F., *Die Allgemeinen Lehere vonm Verbrechen*. In *inhrer Entwicklung durgh die Wisswnschaft des gemeinen Strafrechts- Beitragezur Strafrechtsentwicklung von der Carolina zur Carpzov*, Darmstadt, 1973, Neudruck der Ausgaben, Berlin, 1930-1932, p.110.

SCHIAPPOLI D., *Diritto penale canonico*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano a cura di Enrico Pessina,* vol.I°, Milano, 1905, p.691.

SCHMIDHÄUSER E., *Die Grenze zwischen vorsatzlicher und fahrlässiger Straftat («dolus eventualis» und «bewusste Fahrlässigkeit»),* in *Jus,* 1980, p.250.

SCHMIDHÄUSER E., *Zum begriff der bewussten fahlässigkeit,* in GA., 1957, p.313.

SCHMIDT E., *Der Arzt Strafrecht, Leipzig*, 1939, pp.88 ss.

SCHMIDT E., *Die Carolina,* in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsge-schichte, germaniche Abteilung,* 1933, p.117.

SCHÜNEMANN B., *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff,* in *Festschrift für Joachim Hirsch,* Berlin-New York, 1999, pp.363 e ss.

SCORDAMAGLIA V., *Colpa, responsabilità e pena*, in *Rassegna Atti del 54° convegno di Cultura M. C. di SAVOIA*, Roma, 8-10 giugno 2002, pp.34 e ss, e in *Riv.it.fil.d.dir*., n°3 Lug-Sett., 2004, Roma, pp.379 a 425.

SCORDAMAGLIA V., *La responsabilità penale del cardiochirurgo*, in *Atti del convegno* del 16-11-2001, pp.6 e ss.

SCORDAMAGLIA V*., Publica fede … vale*, in *La Giust.Pen*., n°3, 2009, p.131.

SEVERINO E., *La Filosofia Antica*, Milano, 1984, p.16.

SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale, ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990;

SILVESTRE P., Abuso *di ufficio e "violazione di norme di legge" per omesso controllo sull'amministrazione delle fonazioni ex art. 25 c.c. Tra "precetti negativi impliciti" e principio di legalità*, in *Giust.Pen*, n°4-2010, p e , *quivi*, nota 10.

SINISCALCO M., *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, p.181,

SINISCALCO M., *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1994, pp.139 ss., pp.205 ss.,

SINISCALCO M., *voce Tentativo*, in *Enc.giur*., vol.XXX, Roma, 1993, p.555.

STELLA F. – GAVALOTTI, *L' "oltre ogni ragionevole dubbio"come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, pp.883 e ss.

STELLA F., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema Corte di cassazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2002, n°3, pp.767 e ss.

STELLA F., *Giustizia e modernità*, 2^ed., Milano, 2002.

STELLA F., *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, p.XI e pp.3 e ss.

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, pp.161 e ss.

STELLA F., *Il codice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, p.107.

STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, pp.1217 ss.

STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale del diritto penale*, 2^ed., Milano, 2000.

STELLA F., voce *Rapporto di causalità*, in *Enc.Giur*, vol.XXV°, Roma, 1991.

STORTONI L., *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 1988, p.1313.

STRATENWERT G., *Dolus eventualis und bewusste Fährlassigkeit*, in *ZStW.*, 71, 1959, p.51 e ss.

STRATENWERT G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. I, Die Straftat*, IV ed., Köln – Berlin – Bonn – München 2000, pp.145 ss.

STRAUSS L., *Le leggi di Platone: trama ed argomentazione*, cura di C. Altimi Soveria Mormelli, 2006, trad.it., A. S. Caridi dall'edizione originale: *The Argoument and the Action of Plato's "Laws"*, Chigago, 1975.

SUMMERER S., *Contagio sessuale da virus H.I.V. e responsabilità penale dell'AIDS-carrier*, in *Riv.it.dir.proc.pen*, 2001, p.299;

TAGLIARINI G., *I delitti aggravati dall'evento*, Padova, 1979, p.75.

TALAMANCA M., ed altri, *Lineamenti di storia del Diritto Romano*, 2^ed., Milano, 1989.

TASSI S., *Il dolo*, Padova, 1992.

TOMMASO D'AQUINO S., *Summa Contra Gentiles*, libro terzo, cap.II°, in *I Classici del pensiero*, *op.loc.cit.*,

TOMMASO D'AQUINO S., *Summa Theologica*, *prima pars*, *secundae partis*, *quaestio* 18, *articulus* 6, in *I Classici del pensiero*, Milano, 2009, a cura di T. S. CENTI.

TRAPANI M., La *divergenza tra "voluto" e "realizzato"*, Milano, 1992, ristampa inalterata, Torino, 2006;

TRAPANI M., *voce Legge penale* in *Enc. giur. Treccani*, vol.XVIII, Roma, 1990.

TRONCONE P., *Dolo eventuale e configirabilità del delitto tentato*, Napoli, 1991.

VANNINI O., *Il problema giuridico del tentativo*, 1952, p.53.

VANNINI O., *Responsabilità senza colpa*, in *Riv.Pen.*, 1921, pp.401 e ss; ID, *Poche parole, ma chiare parole, in tema di dolo*, in *Quid Juris*, vol.X°, Milano, 1953,

VASSALLI G., *voce Nullum crimen sine lege*, in *Nuoviss. Dig. it.*,vol.Xl°, 1965, pp.493 ss.

VASSALLI G., *voce Nullum crimen, nulla pena sine lege*, in *Dig. Disc. pen.*, vol.VIII°, Torino, pp.307 ss.

VENDITTI R., *Dolo* (*dir.pen.*), in N*ovissimo Digesto Ital*., vol.VI°, Torino, 1960, pp.154 ss.

VENDITTI R., *Imputabilità, colpevolezza e premeditazione*, in *Giur.It.*, 1950, vol.II°, pp.209 ss.

VENEZIANI P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1990, p.298 ss.

VENEZIANI P., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium juris*, 2001, p.70.

VENEZIANI P., *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, pp.148 e ss.

VERONESE L., *Delitto tentato e dolo eventuale*, in *Cass.Pen.*, 1992, pp.964 ss.

VIGANO' F., *Fuga "spericolata" in autostrada e incedente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?* Nota a sentenza G.U.P. Tribunale di Milano, 21 aprile 2004, in *Cor.Mer.*, n°1, 2005, pp.70 e ss.

VILLA R., *Il deviante ed i suoi sogni. Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milano, 1985, *passim*.

VILLEY M., *Leçons d'histoire de la Philosophie du droit*, Paris, 1962, p.14.

VOLK K., *Dolus ex re*, in *Artur Kaufmann FS*, Heidelberg, 1993, pp.124 e s.

Von BAR L., *Dolus eventualis? In Zeitschriift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1889, pp.534 ss,

Von BAR L., *Gesets und shuld im strafrecht*, vol.II°, Bd. 2, Berlin 1907, p.274.

Von BURI M., *Die kausalitat und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885, p.27.

Von FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen*, 1931, pp.172 ss, p.190.

Von FRANK R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Juristische Fakultät in Giessen* FS, 1907, pp.544 s.

Von FRANK R., *Vorstellung und Wille in der modernen doluslehre*, in *ZStW*, 1890, pp.169 ss.

Von HIPPEL R., *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*,1903, p.93.

Von HIPPEL R., *Vorsatz, fohrlässigkeit, irrtum*, in *VDA, A:T:*, vol.III°, 1908 pp.497 ss.

Von JHERING R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, 1894, pp.45 ss.

Von LISZT F., *Die behandlung des dolus eventualis im strafracht und strafprozess*.

Von WEBER, *Ueber die verschiedenen Arten des Dolus, in Neues Archiv des Criminalrecht*, Bd. 7, 1825 pp.549 ss.

WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht*, 1960, p.224.

WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11^ed., Berlin, 1969, p.69.

WELZEL H., *Il nuovo volto del sistema penale,* in J*us*, 1952, pp.31 e ss.

WESSELS W., *Strafrech*t, A.T., 1986, p.169.

ZAGLEBESKY V.– PACILEO V., *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2009.

ZAMPETTI V., *Il finalismo nel diritto*, Milano, 1966;

ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia, Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, 2^ed, Milano, 2008, *passim*.

ZIEGERT U., *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlin, 1987, pp.84 ss. e pp.142 ss.

ZIPF H., *Politica Criminale*, tr. a cura di A. BAZZONI, in *Criminologia, Politica Criminale, Diritto Penale*, n°1, Milano, 1989.

ZUCCOTTI F., *«Furor» e «eterodossia» come categorie sistematiche della repressione criminale romana*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, p.276.

INDICE GENERALE

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1) La determinazione dei confini tra dolo e colpa: persistente attualità della tematica. p. 4
2) Verso un *tertium genus* di colpevolezza: la responsabilità da rischio e la riprovevolezza. p. 10
3) Dall'approccio dommatico all'approccio pratico. Una scelta di metodo: la separazione della dommatica dal diritto positivo vigente. p. 12

CAPITOLO I°

L'evoluzione storico-concettuale del dolo. Lo sviluppo del dolo eventuale.

1) Le origini concettuali del dolo e la pangea del non voluto. p. 19
2) Il dolo nel diritto penale romano. La *lex Numaee* la *lex Cornelia*. L'elemento intellettivo, l'elemento volitivo e l'*animus*. p. 23
3) I punti fermi sul dolo nel diritto romano. p. 29
4) Il significato storico-scientifico delle fonti romane per lo sviluppo dommatico del concetto di dolo. p. 33
5) Il diritto canonico e lo sviluppo del soggettivismo nel pensiero teologico del basso medioevo. Il pensiero di San Tommaso D'Aquino. p. 35
6) Il dolo nel diritto canonico e la teoria del *versari in re illicita*. p. 40
7) La semplificazione nell'accertamento processuale: la nasciuta del *dolus praesumptus*, il *dolus generalis*, la *doctrina Batoli* e la *voluntas indircta*. p. 43
8) L'evoluzione del concetto di dolo nella dottrina tedesca: la teoria del *dolus indirectus* di Carpzov, la *praesumptio doli* di Feuerbach, il *dolus ex re* di Weber. p. 49
9) Gli scontri dottrinali del tardo Ottocento: Scuola Classica e Scuola positiva; teoria della volontà e teoria della rappresentazione. p. 54
10) La soluzione sincretistica adottata da Rocco nell'orizzonte tecnico giuridico ed il mancato recepimento del dato testuale del nuovo codice. p. 61

11) Retroterra filosofico: il passaggio dall'etica dell'intenzione all'etica della responsabilità e gli influssi di tale cambiamento sul concetto di colpevolezza. L'avvento del rischio come orizzonte totalizzante del diritto penale contemporaneo. p. 69

CAPITOLO II°

Gli elementi fondamentali del dolo

1) La nozione di dolo nella definizione legislativa e nelle ricostruzioni realizzate dalla dottrina contemporanea. p. 76
2) La struttura del dolo come *sedes materiae* usuale per la determinazione dei confini con la colpa. p. 82
3) L'oggetto del dolo: Il fatto tipico, *id est* l'evento in senso giuridico. I rapporti tra il fatto tipico ed il dolo eventuale. p. 90
4) La classificazione delle forme e l'intensità del dolo. Il dolo eventuale come forma necessariamente meno grave di volontà colpevole? p. 97
5) Cenni sulla tematica dell'accertamento. La cosi detta "*processualizzazione*" del dolo. p. 107
6) L'accertamento della colpevolezza "*al di là di ogni ragionevole dubbio*". p. 113

CAPITOLO III°

Dolo eventuale e colpa con previsione. Il Dolo eventuale tra dommatica e diritto positivo.

1) Punti fermi in tema di dolo eventuale. p. 122
2) Alla ricerca dell'elemento caratterizzante il dolo eventuale, il ruolo dell'art.43 c.p., nella definizione del medesimo. p. 130
3) La prova del dolo eventuale nella prassi applicativa. p. 135
4) I criteri distintivi rispetto alla colpa con previsione nati in dottrina ed in giurisprudenza nel dibattito tra teoria della volontà e teoria della rappresentazione. p. 139
5) La teoria dell'accettazione del rischio: critiche. p. 150
6) Le nuove ricostruzioni del dolo eventuale nate dal tentativo di superare i limiti della teoria dell'accettazione del rischio. p. 159
7) La configurabilità del dolo eventuale come realtà dommatica che nel diritto positivo è riconducibile solo alla colpa con previsione. p. 163
8) Le incompatibilità sistematiche del dolo eventuale come ulteriore conferma della sua estraneità al codice penale vigente. Il dolo eventuale ed il delitto tentato. p. 170
9) La "scelta" come essenza della responsabilità e come unica accezione del concetto di volontà dommaticamente compatibile con il dolo eventuale. p. 184

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1) L'evoluzione dommatica del dolo eventuale come continuo attacco alla dimensione soggettiva e psicologica del dolo dovuto ale difficoltà probatorie e di accertamento. p.193
2) Verso il definitivo superamento del dolo eventuale. La necessità che sia il legislatore ad adottare una definizione espressa del dolo eventuale nel rispetto del principio di legalità. p. 202

INDICE BIBLIOGRAFICO p. 205

INDICE GENERALE p. 230