

DOLO EVENTUALE E COLPA COSCIENTE OGGI (*)

di Rocco Blaiotta

1. Spero non sembri eccentrica l'idea di proporre una breve analisi retrospettiva in apertura di una dissertazione dedicata al presente della controversa figura del dolo eventuale. L'intento è quello di trarre dalle reliquie del passato un utile ammaestramento.

A quanto pare, il primo documentato uso letterario del termine *dolos* è un verso omerico. Il *dolos* è esca per i pesci: raffigurazione che esprime bene l'azione studiata, artata al fine di avere la meglio sull'avversario.

Questo tratto studiato, maligno, finalistico si rinviene in fin dei conti nel nucleo della millenaria storia del diritto penale romano. Tuttavia, nel volgersi a questa remota e copiosa ascendenza, occorre sottrarsi all'idea di rinvenirvi una matrice che si proietti sul presente, sulle nostre consolidate categorie giuridiche. Accade nel diritto penale romano qualcosa di peculiare ed altamente significativo, che ci pone di fronte alla relazione tra diritto, contesto sociale, cultura, potere: l'*umus* in cui le norme ed i principi nascono e vivono.

Per accostarci a questo tema, niente di meglio che attingere ad uno studio (Schiavone) che propone una suggestiva lettura del vincolo che lega la modernità al diritto romano. «Il diritto è una forma che ha invaso la modernità, diventando presto un carattere insostituibile: ed è una forma inventata dai romani»; «Un oggetto a parte, un corpo compatto duro ed impenetrabile [...] il dispiegarsi di una razionalità speciale e potente»; «Indipendenza e neutralità delle norme, delle procedure, dei giudici, uno dei valori fondanti della nostra civiltà»; «I sottili meccanismi e gli austeri principi dell'ordine venuto da un remoto passato chiamati a svolgere un ruolo decisivo fin quasi ai nostri giorni [...] uno strato tenacissimo di concetti e pratiche che avrebbero raggiunto i laboratori politici e istituzionali dei cui prodotti noi siamo i diretti eredi»; «Innovazioni giuridiche cruciali apparse ogni volta sotto l'ambigua forma di semplici rielaborazioni dei modelli antichi, secondo uno stile di disgiunzione e discontinuità [...] un intreccio quasi inestricabile di tradizione e innovazione».

Ricorda ancora Schiavone, molte stagioni e molti protagonisti: i glossatori, i commentatori, i giuristi teologi costruttori del diritto canonico, l'esegesi, gli umanisti rinascimentali, la dissoluzione dell'ordine medievale e la costruzione degli Stati nazionali, l'illuminismo, il giusnaturalismo, le rivoluzioni e le codificazioni romanistico-borghesi, la Pandettistica.

Collocare il diritto penale entro questo scenario grandioso è opera assai difficoltosa. Nell'elaborazione giurisprudenziale romana non troviamo nulla che possa

(*) È il testo rivisto della dissertazione presso l'Accademia degli zelanti in Acireale.

essere avvicinato alle istituzioni della moderna scienza penalistica; ed al corpo compatto e duro di altre sfere del *ius* che, tra tradizione e innovazione, è giunto nei millenni fino a noi. Mancano la cultura dei principi, la sistematica cui noi siamo abituati, l'analisi che generalizza il caso che è alla base dei *responsa*. Come è stato sottolineato (Demuro), non si rinvengono un complesso di norme ed istituti unitariamente raccolto dalla scienza giuridica romana nella categoria del diritto penale separato da altri sistemi di riferimento. Tantomeno appaiono formati dai giuristi e dai legislatori i principi generali che possano condurre alla costruzione di quella che oggi definiremmo una parte generale del diritto penale. Mai viene raggiunta l'autonomia scientifica del profilo penale rispetto all'insieme del *ius*. Probabilmente, si considera, ciò accade perché i giuristi non erano chiamati in materia penale ad esercitare quell'attività di consulenza interpretativa che li vedeva ineguagliati artefici della elaborazione scientifica del diritto privato. Soprattutto, il complesso delle norme penali pubbliche era considerato quale strumento di emanazione diretta della funzione repressiva delle autorità cittadine e statuali.

Insomma, pare di poter aggiungere, è il contesto rigoroso e ristretto dei *crimina* della sfera pubblica (prevalentemente l'omicidio) che favorisce l'approccio poco elaborato e casistico, particolarmente per ciò che riguarda il dolo, sempre svelato senza incertezze dalla drammatica impronta del fatto.

Il trattato tardo ottocentesco di diritto penale romano del Ferrini, opera ormai antica ma di ancora attuale accuratezza, conferma l'immagine di un diritto casistico, asistemico, prescientifico. Il primo capitolo è dedicato alla letteratura del diritto penale in Roma ed esordisce chiarendo che i giureconsulti romani si applicarono tardi al diritto penale che è di *ius publicum*; e distinto dai *delicta privata* cui invece i giureconsulti si dedicarono intensamente. Segue una analitica esposizione delle reliquie: si espongono gli argomenti trattati, senza che ne emerga un ordine sistematico. Anzi, l'assenza di ordine viene proprio sottolineata: riferendosi a Marciano si afferma che non appare alcun ordine prestabilito e gli argomenti di diritto punitivo compaiono svolti in libri diversi. Analoga considerazione riguarda altre opere importanti. A proposito di Ulpiano, si afferma che alla materia criminale il giureconsulto consacra quattro libri. Tuttavia «una determinazione dell'ordine delle materie risulta molto difficile: [...] *incertissimus est rerum ordo*». Riferendosi, poi, ai frammenti dell'opera di maggiore impronta teorica, dovuta a Saturnino, si espone che si trattano quattro categorie, *quattuor genera* di azioni punibili (*facta, dicta, scripta, consilia*) e *septies modi* nei quali vanno considerati (*quantitas, qualitas, locus, modus, persona, tempus, causa*) che fungono talvolta da elementi costitutivi, tal'altra da aggravanti o scriminanti. E aggiunge che «a noi pare scorretto che siensi messi insieme concetti così diversi, che è ufficio della scienza tenere ben distinti». In breve, mai le trattazioni riguardano il reato in generale. Esse si occupano talvolta della pena e sono per lo più commentari di atti normativi.

Nel copioso capitolo dedicato all'elemento soggettivo, il trattato sottolinea che nei crimini colpiti dalla pena pubblica, ed in specie nell'omicidio, non esiste delitto senza il dolo, mentre nei delitti privati non vi è traccia di distinzione tra dolo e colpa. Ed espressioni come *dolo malo, sciens dolo malo*, indicano la direzione della volontà contraria ad una norma di diritto. Ancor più l'elemento volitivo traspare dall'espressione *animus*

occidendi della *Lex Cornelia* e da altre frequenti espressioni analoghe (*voluntas occidendi, mens occidendi*).

Per il resto, la trattazione analizza casi e frammenti innumerevoli dai quali si trae la conclusione che i termini usati fanno ritenere che non bastasse in Roma la prova di *dolus eventualis* o *generalis* e che invece fosse proprio necessario che risultasse l'intenzione diretta senz'altro all'evento. L'opera confuta pure la tesi (molto dibattuta) che dalla materia penale dei romani possa trarsi la conclusione che la *culpa lata* (*nimia negligentia, idest non intelligere quod omnes intelligunt*) costituisca una propaggine del dolo. Si argomenta che tale contiguità ed assimilazione è ammissibile solo nel diritto privato; ed in effetti tutti i testi che equiparano le due figure si trovano in materia di diritto privato.

In breve, il trattato si diffonde nell'analisi di frammenti, di casi, di testi normativi; senza che emerga direttamente o indirettamente alcuna trattazione che abbia qualche spunto sistematico, generalizzante, che possa essere posto, anche solo vagamente, in connessione con le moderne trattazioni. In conclusione può affermarsi (opinione assai diffusa) che nel diritto penale maturo il dolo è espresso dall'*animus necandi* del paradigmatico *crimen* dell'omicidio: dunque dolo intenzionale, finalistico, volto all'evento. Torna quindi l'interrogativo in ordine alle ragioni per le quali mai compare una trattazione organica e ci si concentri, semmai, sulle condizioni che possono escludere o scusare il dolo.

Sovviene in questo un citatissimo brano di Marciano: «*delinquitur aut proposito, aut impetu, aut casu*». Solitamente, se ne intende l'intenzione di rimarcare la distinzione tra la studiata volontà finalistica (*animus necandi*) e la volontà furiosa maturata in un breve momento e quindi meno grave; distinzione utile a giustificare la minore gravità e la pena meno severa per il dolo d'impeto. Tuttavia, pare che qualcosa accomuni la preordinazione e l'impeto: la forte, univoca impronta avversativa che traspare nella premeditazione ma anche nell'impeto. Si parla di marito furioso che fa scempio della moglie fedifraga, o di ubriaco che nei fumi del vino affonda la lama nelle membra dell'avversario di una futile lite.

Erano questi i casi di cui il diritto punitivo si occupava: tutti caratterizzati da una macroscopica impronta avversativa che rendeva evidente l'*animus* e la sua prova. Situazioni nelle quali *res ipsa loquitur*: il dolo era eloquentemente implicato nel fatto, sicché era inutile andar oltre in analisi categoriali. Insomma, viene da pensare, la limitatezza dei bisogni di pena pubblica limitava la speculazione analitica. Del resto, lo stesso Ferrini concludeva la sua accurata trattazione sull'elemento soggettivo ritenendo che sebbene sin da età repubblicana non vi fosse alcuna presunzione di dolo, tuttavia «ordinariamente, provato il fatto, è provato il dolo [...] perchè risulta evidente dal modo in cui il fatto avvenne l'intenzione corrispondente».

2. Le cose mutano profondamente nelle stagioni successive. Nel diritto comune emergono imponenti pulsioni punitive. Si afferma la meritevolezza di pena di azioni con volontà diversa dal dolo intenzionale. Vi è una spinta a punire indiscriminatamente tutte le conseguenze dell'azione illecita; e a semplificare la prova. Si sviluppa storicamente un fenomeno che segna lo sviluppo del concetto di dolo: la constatazione dell'inidoneità del romanistico *dolus malus*, centrato sull'intenzione, a dare risposte alle esigenze di

punizione che si manifestavano nella prassi e nei diversi contesti sociali e culturali. In particolare, era essenziale trovare una risposta ai casi di divergenza tra il voluto e il realizzato: evenienze nelle quali si verificava un evento diverso e più grave di quello che si proponeva l'agente. Le risposte: il *versari in re illicita*, ovvero la responsabilità oggettiva, l'allargamento del concetto di dolo ed infine le presunzioni processuali (Demuro).

Nella stagione dei commentatori tali istanze generano elaborazioni sorrette dall'intento di costruire scorciatoie punitive. Semplificare la prova, in un regime di prove legali tra le quali primeggia la confessione. L'itinerario parte invariabilmente da fonti giustiniane, brani del Digesto di cui si forza la lettura.

Sulle orme del primordiale *versari in re illicita* ancora presente nel diritto penale canonico compaiono diverse figure:

- la presunzione generale di dolo con conseguente inversione dell'onere della prova: *ex ipso facto et rei evidentia*;
- il *dolus verus*, mostrato con indiscutibile evidenza dal fatto;
- il *dolus praesumptus*: una sorta di dolo indiziario, con prova meno piena e pena mitigata;
- il *dolus generalis*: chi agisce con dolo risponde anche degli effetti non voluti;
- il *dolus indirectus*: dal dolo della condotta al dolo dell'evento.

Tali elaborazioni hanno una schietta impronta casistica: costituiscono regole di ascrizione piuttosto che principi generali di diritto sostanziale quali noi li intendiamo. È solo nella seconda metà del 1500 che la avanzata della nuova idea di Stato o comunque di potere accentrato comporta una inversione di tendenza: regole imposte dall'alto, uniformità interpretativa e chiarezza definitoria. La legge assume i compiti prima lasciati alla giurisprudenza ed alla dottrina. Affiorano i primi segnali di un nuovo approccio al diritto penale, concentrato su istituti, elementi e delitti in modo separato e autonomo dal loro ruolo processuale, superando quindi lo stile casistico (Demuro). Tale trasformazione raggiunge la sua massima espressione nel celeberrimo *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani. Qui per la prima volta il reato costituisce una categoria generale ed astratta; e compare la distinzione tra dolo come *vitium voluntatis* e colpa come *vitium intellectus et memoriae* che comprende anche la *culpa lata*. Il dolo diviene elemento essenziale del reato, contrassegnato dalla volontà e da provare pienamente, sempre. Per la prima volta si elabora un significato che risolve la confusione concettuale tra ambito civile e criminale e consegna finalmente al diritto penale un istituto dogmatico generale e tipico capace di caratterizzare la *substantiam* di ogni delitto. Esso, tecnicamente spiegato e caratterizzato definitivamente come atteggiamento psichico autonomo e diverso rispetto alla colpa, diviene da allora in poi un punto fermo della scienza penale (Pifferi). Una opera anticipatrice, insomma, che segna l'avvio del plurisecolare processo di maturazione dogmatica della figura.

Tuttavia, ancora nella prima metà del Seicento il *dolus indirectus* è lo strumento concettuale che domina la scena. Nell'opera di Carpzov esso si struttura attorno alla figura paradigmatica della ferita seguita da morte. È richiesta la mera rappresentazione potenziale di quanto è normalmente prevedibile. È esclusa la prova contraria e dunque

si ha una normativizzazione spinta del dolo. Ed è lacerato il diaframma tra dolo e colpa. Il dolo è oggettivato.

Tirando le fila di questi brevi cenni, può affermarsi che le mutate pulsioni punitive sollecitano nuovi strumenti concettuali *ad hoc*, che snaturano la primordiale impronta volontaristica del dolo. La temperie in cui tutto questo avviene è tratteggiata da Carrara in una prolusione di impareggiabile eloquenza. Sebbene l'abbia citata in altra occasione, oso la ripetizione. Egli parla di «un lungo pellegrinaggio tra le tenebre», «Un agitarsi fra le onde fatali dell'ignoranza e delle passioni. Dove il giure penale è ad ogni passo lo specchio del progresso del genere umano». Il Maestro scende nei dettagli: «la pena di morte per le più leggere irriverenze al sovrano. Perseguitate le parole ed i pensieri. Patiboli a custodia dei troni. Ordalie, riti superstiziosi, l'inganno e la forza arbitri della giustizia. Il processo inquisitorio, la persecuzione dell'innocente, la segretezza, la tortura crudele e stolta. Puniti di morte ogni minimo insulto alla dignità reale, il furto, il contrabbando, la caccia nelle bandite, la stampa di libri vietati. La draconiana parità delle pene: la pena capitale con strumenti crudeli. La tortura. L'arbitrio sfrenato dei giudici». In quei secoli, nel «parossismo di irrequieta ignoranza» si perse ogni razionale criterio nella scelta e nella determinazione di castighi. Le operazioni deformanti che abbiamo visto attorno al dolo sono proprio al servizio di queste brutalità.

3. Nella seconda metà del 1700 questo approccio a dir poco rigoroso è progressivamente abbandonato. Vengono cioè dismesse le tecniche di ampliamento della figura del dolo e di semplificazione della prova. Compare una nuova espressione con diverse sfumature di significato: *animus eventualis*, *dolus eventualis*. In breve: «chi vuole il precedente non può non volere il conseguente quando questo sia previsto e conosciuto». Si parla, in breve, di «un agire malgrado».

Le teorie sono molteplici e sfumate. Il tratto più rilevante è l'accendersi dell'attenzione sul momento volitivo, variamente ricostruito. Questo mutamento non è casuale: coincide con l'affacciarsi del giusnaturalismo e dell'illuminismo e con la fine del rigore repressivo delle epoche anteriori. Il successo delle idee illuministiche spazza via le antiche teorie sul dolo (Demuro).

Sempre dai preziosi studi di Demuro traggio la citazione di una pagina emblematica. Cristiani, alla fine del Settecento, afferma che è un falso psicologico che la conseguenza della propria azione prevista anche come probabile debba sempre essere considerata come interiormente approvata, che cioè *qui consentit in antecedens non potest non consentire in consequens*: l'esperienza insegna che gli uomini molto spesso vogliono un fatto senza volere in pari tempo tutte le conseguenze del fatto stesso, nonostante se le siano rappresentate come probabili. Si desidera in questi casi che le conseguenze non abbiano a verificarsi e ciò che si desidera si spera e si crede facilmente.

Compaiono parole nuove: psicologia, esperienza. Qui è la radice delle moderne concezioni del dolo eventuale fondate anche sul momento volitivo; e della sua distinzione dalla colpa cosciente. In breve, prevedere non è ancora volere.

Altre pagine ed altre idee maturano. La nascita (Feuerbach) della concezione psicologica che trova il suo discusso fondamento nella volontà (anche nella colpa). La volontà come accettazione dell'evento (Mittermeier): il *dolus eventualis* ricorre quando

un soggetto si propone un evento meno grave ma per conseguire il suo scopo principale acconsente alla possibilità di un evento più grave, in questo senso la sua volontà lo accetta. Siamo in pieno Ottocento. Questo contenuto volitivo sarà variamente tratteggiato da innumerevoli studiosi. Lo studio del dolo da quel momento diventa studio del dolo eventuale.

La sommaria ricostruzione storica mostra un fatto molto importante: l'essenza del nuovo strumento concettuale è in una funzione garantista, si occupa dell'atteggiamento psichico rispetto all'evento, in opposizione alla severe ed irrazionali semplificazioni del passato. Una funzione che va riconosciuta e preservata ancora nel presente.

In Italia il nuovo fermento è interpretato dai maggiori giuristi: Beccaria, Filangieri, Pagano, Pellegrino Rossi, Romagnosi, De Simone, Carrara. Il tratto comune sta nell'approccio analitico, scientifico, volto a differenziare le responsabilità e le sanzioni. Tutti influenzati da giusnaturalismo ed illuminismo. Anche se le soluzioni non sono sempre omogenee: per De Simone e Carmignani la *culpa lata* è imprudenza che partecipa della natura del dolo. Per Filangieri il dolo è solo intenzionale o diretto, non eventuale.

Con Carrara il moderno diritto penale ha il suo momento fondativo. Il reato diviene ente giuridico. Il dolo vi si configura come tratto psicologico della fattispecie. «È un atto delle volontà, deve trovarsi nella intenzione [...] nella attività psicologica». Esso «è desunto dallo stato dell'animo».

Tuttavia l'intenzione può essere diretta o indiretta. L'intenzione diretta si ha quando «si prevede e si volle, calcolandolo, l'effetto. Si agì al fine di procacciare in modo più o meno certo cotesta conseguenza». Tale direzione del volere configura il dolo determinato.

L'intenzione può essere altresì indiretta: «l'effetto era soltanto una conseguenza possibile dei propri atti. Se questo effetto si prevede e malgrado tale previsione si vollero i mezzi sebbene non si volesse precisamente l'effetto, l'intenzione indiretta dicesi positiva». Essa configura il dolo indeterminato (o intenzione alternativa).

Tale programmatica configurazione è accompagnata da una storica ed ancora attuale critica alla ambigua figura della colpa cosciente «la quale o è un bisticcio senza senso, o se si vuole darle un senso bisogna darle quello di colpa con previsione che la cosa non sia: ed allora il concetto diviene contraddittorio per la semplicissima ragione che se io prevedo che dimani non pioverà, è positivo che io non prevedo che pioverà». L'idea programmatica del dolo come intenzione eventuale o alternativa è chiaramente espressa; ed altrettanto modernamente accompagnata dall'affermazione che quando si sia in dubbio sulla presenza del dolo o della colpa dovrà ritenersi questa e non quella «per il sommo principio che ogni perplessità deve sempre risolversi a favore dell'accusato».

Infine il codice Rocco. Sebbene si fosse consapevoli dell'importante ruolo definitorio del Codice, non si ritenne di fornire una definizione del dolo eventuale, forse anche perché le idee in proposito dei membri della Commissione non erano concordi. Fatto sta che Arturo Rocco affermò in proposito che il dolo è volontà e dove c'è volontà c'è dolo, e questo basta.

4. Come si vede dai sommari cenni proposti, la storia del plurimillenario sviluppo del dolo va di pari passo con l'andamento delle pulsioni punitive, dei bisogni sociali di pena che riguardano comportamenti non contrassegnati dal dolo intenzionale, nel quale la volontà si manifesta solitamente in modo luminoso.

Rispetto al dolo finalistico, il dolo eventuale coglie movenze interiori meno appariscenti e difficilmente accertabili. Questo determina il fisiologico concentrarsi dell'attenzione sul momento rappresentativo, di più facile indagabilità. Si spiega così l'emergere di forme di normativizzazione ed oggettivazione del dolo. Che – tuttavia – nelle forme più estreme conducono, come abbiamo visto, alla vera e propria lacerazione del diaframma che separa dolo e colpa.

L'attenuazione delle pulsioni punitive, l'affinamento dell'approccio analitico e scientifico, l'emergere delle matrici valoriali e costituzionali della scienza penalistica, propiziano l'accendersi dell'attenzione anche sul momento volitivo del dolo.

In questo approdo moderno si sviluppa un affinamento analitico di straordinaria complessità. Il fiorire di differenti teorie, a partire dalla celebre monografia di Delitala sul dolo eventuale. Il dolo eventuale come scelta, come decisione contro il bene giuridico: «l'evento è messo in conto, è il costo del conseguimento del fine perseguito».

Le teorie sono molteplici, le sfumature spesso sottilissime. Si suole dividerle in teorie rappresentative, volitive o eclettiche a seconda della prevalenza attribuita all'uno o all'altro dei momenti indefettibili della figura. Le varianti sono talvolta solo linguistiche. Lo studio rischia di essere sterile se disgiunto dagli aspetti di politica criminale, dai vincoli costituzionali e soprattutto dal raffronto con i casi che sfidano la tenuta delle diverse configurazioni.

Guardando ai tempi a noi vicini, dal punto di vista criminologico emerge che tradizionalmente il dolo eventuale è stato confinato nel regno dei contesti illeciti. La colpa invece è stata la chiave per l'analisi dei comportamenti nei contesti leciti di base. Tuttavia, ad un certo punto si è assistito, in contesti leciti di base, alla emersione di accadimenti altamente drammatici, caratterizzati o dalla gravità ed estensione dell'evento e/o dalla sconcertante gravità delle condotte inosservanti delle regole deputate alla gestione del rischio. Parliamo di attività d'impresa, di circolazione stradale, di relazione personali e sessuali. Sono emerse nuove figure di autore: l'amministratore delegato, il conducente, i protagonisti di una relazione affettiva. In questi contesti sono maturate nuove pulsioni punitive che, come al solito, hanno chiamato in campo la forma più sfumata di dolo, il dolo eventuale. Basti evocare i casi *Eternit*, *Marghera*, *Ilva*, *Thyssen* ecc.

Le teorie rappresentative sono congeniali a queste spinte. Tuttavia esse (come già accennato) nelle forme più radicali praticano schemi presuntivi, la normativizzazione, l'oggettivazione. Dalle caratteristiche del fatto si desume che l'evento non poteva non essere rappresentato e quindi voluto. La consapevolezza viene indiziata dalla pericolosità oggettiva. La consapevolezza indiziaria della pericolosità del fatto dimostra implicitamente la decisione per l'illecito. Si parla quindi di rischio non consentito. La stessa rappresentazione si offusca. La prevedibilità diventa il cuore di una visione sciatta del dolo, diffusa nella prassi meno recente. «Si trasforma la prova del dolo in prova della

colpa» (Marinucci). Sembra di tornare nel diritto intermedio. Il dolo eventuale si rapporta alla gravità del rischio.

D'altra parte, anche le versioni più avvertite della scuola rappresentativa, dovendo pretendere nella colpa cosciente una ambigua controrappresentazione dell'evento, una controvolizione (roba per lanciatori di coltello o per piloti di formula uno), finiscono per ascrivere al dolo eventuale tutte le rappresentazioni dell'evento nella quali questa controrappresentazione non si constata: si allarga quindi a dismisura la portata del dolo eventuale; che invece è figura di frontiera, non prevista dal codice, nella quale l'elemento volontaristico non è immanente come nel dolo intenzionale ed in quello diretto e deve essere quindi oggetto di un rigoroso accertamento. Inoltre, si insediano nella colpa cosciente le contraddizioni che, come accennato prima, già Carrara lucidamente denunciava: un prevedere che è non prevedere.

Così stando le cose, i principi penalistici di colpevolezza, dell'oltre il ragionevole dubbio, dell' *in dubio pro reo*, ci orientano verso soluzioni che ricercano un coefficiente volitivo pure nel dolo eventuale.

Occorre allora pensare al dolo come decisione per l'azione, come scelta: l'evento collaterale è messo in conto, è il costo del conseguimento del fine perseguito (Prosdocimi). Si tratta di seguire le movenze del processo decisionale nel suo complesso. È la soluzione accolta dalle Sezioni unite nella sentenza ThyssenKrup (S. U. n. 38383/2014) di cui, essendone stato l'estensore, penso di dover essere qui testimone ed interprete. Una soluzione che in fin dei conti esprime una sintesi tra momento cognitivo e momento volitivo. Presuppone la consapevolezza della pericolosità del comportamento e dell'evento che ne discende; ed esige poi l'instaurarsi su questa base della componente volitiva, assente nella colpa. Questa soluzione evidenzia anche la differenza qualitativa tra dolo e colpa: la loro appartenenza a due mondi, due scenari di possibilità.

L'itinerario indicato dalla sentenza esige la prova della concreta, nitida rappresentazione dell'evento. Dell'evento e non del mero rischio. Solo su tale base può logicamente ed empiricamente innestarsi una presa di posizione, una scelta. La previsione del dolo eventuale deve essere previsione concreta ed effettiva, presente nella mente del soggetto nel momento in cui agisce. Solo così si può affermare che, pur di non rinunciare allo scopo perseguito, l'agente ha preferito correre il rischio di quella possibilità, consentendo all'eventuale verificarsi del risultato. Su questo tema della rappresentazione, della previsione, la sentenza ThyssenKrup ha generato qualche fraintendimento, soprattutto ad una prima lettura. Si è ritenuto da più parti che vi si affermi che la previsione dell'evento sia ontologicamente ed immancabilmente diversa nel dolo e nella colpa. In realtà nella sentenza si dice espressamente ben due volte che nella colpa la previsione *può anche* essere meno definita e nitida che nel dolo. È una possibilità, non una necessità. Ciò che è veramente essenziale intendere è che nel dolo eventuale la visione nitida della categoria di evento accettato è una esigenza logica ed empirica: chiarezza e specificità. Senza, non può esserci vera accettazione.

La colpa è un normotipo con una sua tipicità e colpevolezza distinta dalla colpevolezza e dal rimprovero doloso. Due distinti universi si dice in sentenza. La colpa è un universo naturalisticamente meno definito, povero di tratti psichici, una entità

normativa che ruota attorno al rischio ed alle regole cautelari per la sua gestione. E quando come aggravante si considera la previsione dell'evento si richiede come minimo la consapevolezza della rischiosità di uno specifico contesto, che evidentemente è cosa diversa dalla nitida consapevolezza dell'evento caratteristica del dolo. Qui, dice la sentenza, la verifica dell'illecito diviene da teorica concreta. L'istanza cautelare è in azione. Si manifesta la connessione cautelare rischiosa.

In breve, la sconsideratezza, la superficialità, l'irragionevolezza accreditano forme di previsione sommarie ed irrisolte buone per la colpa ma non per il dolo. L'idea di un agente che lucidamente analizza, discerne e si persuade nel senso della negazione dell'evento, la cosiddetta controvolizione, restituisce una visione delle cose molto lontana dalla varietà delle contingenze che si verificano nella vita. È valida per il lanciatore di coltello ma non nelle mille sfumate, irripetibili contingenze del reale, tanto più nel mondo spesso buio, opaco, subliminale della colpa. Insomma, la previsione dell'evento può essere ben diversa nel dolo eventuale e nella colpa cosciente; e ciò costituisce il riflesso della diversità di fondo tra colpevolezza dolosa e colpevolezza colposa: ciò che consente la distinzione tra le due figure è solo la presenza o assenza della volontà. Come è stato considerato (Donini) l'interpretazione tradizionale della colpa cosciente è spesso lontana dall'opacità di un agire superficiale, affrettato o sconsiderato, dove al dubbio sul futuro non si accompagna un convincimento lucido ma soltanto un comportamento irragionevole. Non può dirsi che l'evento concreto debba essere egualmente ricostruito ai sensi del dolo eventuale e della colpa con previsione: il dolo infatti contiene sempre più rappresentazione della colpa che potrebbe, proprio a causa della rimozione o sottovalutazione del rischio, indurre a sottostimare la portata dell'evento pur preveduto.

Del resto, come accennato, sulle ambiguità della colpa con previsione già Carrara era stato pungente: «prevedere che una cosa non debba avvenire equivale a non averla preveduta». In realtà, nel pensare alla colpa con previsione, occorre considerare che qui si è solitamente in presenza di una scena nella quale compaiono regole, cautele, consolidate movenze esistenziali che governano uno specifico rischio. È la consapevolezza dello scenario cautelare che dà corpo all'aggravante: l'agire con leggerezza, senza adeguatamente considerare nel processo decisionale ciò che si conosce. Che poi in questo modo di agire vi sia un tratto sempre maggiormente rimproverabile è lecito dubitare. Come è stato acutamente considerato (Romano), la mancata cognizione del rischio può ben essere l'effetto di una trascuratezza estrema dell'agire, che neppure si confronta con lo sfondo dei rischi e delle cautele.

Certo, si può discutere fin dove una rappresentazione sfocata possa dar luogo all'aggravante della previsione dell'evento, ma questo interrogativo non richiede qui una risposta; essendo sufficiente rimarcare ciò che riguarda il dolo e non la colpa: la necessità logica ed empirica di una rappresentazione chiara di una specifica categoria di eventi, che costituisce espressione di un rischio determinato, e la accettazione della sua realizzazione quale effetto collaterale di un processo decisionale diretto altrove.

5. Ho accennato che le teorie sul dolo rischiano di vivere in uno spazio remoto, lontano dalla realtà. È invece importante confrontare le astrazioni con i diversi contesti

esistenziali, al fine di intendere se esse siano in grado di dare risposte appaganti e praticabili. Si tratta di mettere a confronto la giurisprudenza (il crogiuolo di innumerevoli casi) con le elaborazioni teoriche, con la dogmatica del dolo. Si dice usualmente e correttamente che la prassi costituisce il banco di prova delle elaborazioni teoriche. Non solo. Occorre – tra l’altro – verificare se il modello di indagine che si propone sia concretamente ed utilmente praticabile. È per questo che da lungo tempo la dottrina ha messo in luce la multiforme interdipendenza tra struttura, oggetto e accertamento dell’atteggiamento doloso e, per quel che qui maggiormente interessa, di quel particolare atteggiamento di accettazione eventuale dell’evento collaterale che caratterizza il dolo eventuale. Pertanto, quando noi diciamo che l’atteggiamento interiore volontaristico rispetto all’evento previsto deve essere oggetto di accertamento facciamo un’affermazione che non può esimersi dall’indicare *come* questa difficile investigazione può essere compiuta, considerando che si indaga la sfera interiore, un fondo oscuro nel quale si intrecciano i moti molteplici ed eterogenei che muovono il processo decisionale.

Ecco perché le Sezioni unite si sono confrontate con alcune fattispecie che classicamente sfidano le astratte concettualizzazioni e mostrano incertezze, soluzioni differenti nella prassi (il contagio dell’HIV, gli incidenti stradali determinati da condotte di guida scellerate, le situazioni complesse nelle quali è difficile scorgere l’*animus* di ciascun agente, ecc.)

Per le stesse ragioni si è ritenuto di fornire un catalogo aperto (quasi esemplificativo) di *indicatori*. Li elenco qui brevemente, solo per dare completezza al discorso:

- la condotta;
- la lontananza dallo standard cautelare;
- la storia personale;
- la conoscenza del contesto ed il livello culturale;
- la durata e la ripetizione dell’azione;
- la probabilità (in senso soggettivo);
- il contesto lecito o illecito;
- i tratti di scelta razionale: i tratti affettivi, emozionali non hanno peso, ma la speranza va investigata (pessimismo ed ottimismo non contano);
- la formula di Frank;
- le conseguenze negative per l’agente.

Il messaggio più essenziale che si può trarre è che l’indagine di cui parliamo deve dedicare speciale attenzione ai dettagli significativi di ciascuna vicenda, la cui rilevanza – tuttavia – non può essere pesata in astratto o intuitivamente, bensì alla stregua di significative matrici esperienziali.

6. Tirando le fila dei cenni sin qui proposti, pare di poter affermare che l’immagine del dolo riflette i *bisogni* di punizione di ciascuna stagione, alimentati da pulsioni incarnate dalla legge e dalla prassi. D’altra parte, l’andamento della civilizzazione non è lineare. Le pulsioni punitive sono molto forti nel presente.

Pensiamo, a titolo esemplificativo, alla fattispecie di omicidio stradale che segna un regresso riconosciuto da tutti gli studiosi che se ne sono occupati.

La scienza penale, portatrice di istanze di razionalizzazione, civilizzazione, umanizzazione, è chiamata ad elevare argini. Anche qui, solo un indice:

- i valori costituzionali e massimamente quello della colpevolezza dolosa, come concreta entità psichica, volontaristica;
- la preservazione del ruolo garantista del dolo eventuale come figura di confine, da riconoscere solo in presenza di indicatori robusti dell'atteggiamento volontaristico, alla stregua dell'oltre il ragionevole dubbio;
- la diffusione dello strumento degli indicatori, che promette di arginare un fenomeno che ci riguarda da vicino e che solo di recente è stato oggetto di considerazione analitica da parte dei maggiori studiosi (Kaneman, Sunstein, Sibony) dei processi decisionali: il *rumore*, cioè la ingiustificata variabilità delle decisioni in casi simili.

Le cause indicate dagli studiosi di questo corrosivo fenomeno sono numerose, ma qui ci interessa soprattutto il peso di principi e valori personali che spesso ci agitano inconsciamente. La personalità ed il contesto ci influenzano soprattutto nei giudizi in cui sono presenti segnali contrastanti. La preoccupazione di soluzioni ingiustificatamente differenti nei contesti problematici è presente nella sentenza ThyssenKrupp, quando si sottolinea l'esigenza di configurazione ristretta e chiara del dolo eventuale, in modo che ne sia *prevedibile* l'applicazione. Tra gli antidoti proposti dagli studiosi citati: le qualità personali, lo stile critico, l'attitudine a ricercare dettagli anche demolitivi di opinioni precedenti. Pensare ad una soluzione che risulti condivisa. Ma anche e soprattutto la costruzione di linee guida che orientano l'operazione decisoria. La scomposizione, la dissezione che consente di cogliere i fattori nevralgici e peculiari del contesto specifico. Consonante con questo approccio è l'idea degli indicatori: scomposizione analitica e attenzione ad aspetti potenzialmente rilevanti. Si tratta di un tema che ci riguarda da vicino, vista la ingiustificata variabilità delle decisioni ancora talvolta alimentate dalle differenti configurazioni del dolo eventuale.

Quello degli indicatori è un costrutto che, mi pare, risponde bene alle prove dell'esperienza giuridica. Nella mia esperienza in Cassazione ho avuto modo di farne uso anche in altri ambiti: mi vengono in mente la graduazione della colpa e l'accertamento della scientificità delle conoscenze che utilizziamo nei ragionamenti probatori. Ma, in verità, di indicatori si parla in diversi altri ambiti della giurisprudenza.

Gli indicatori sono strumenti oggetto, in dottrina, di un sofisticato dibattito. Sul piano epistemologico si manifesta la necessità di ricorrere ad indicatori esterni in presenza di concetti di difficile definizione ed in assenza di formalizzazione legislativa; necessità riconosciuta, come accennavo, nella giurisprudenza che agli indici ricorre in vari ambiti con funzione talvolta integrativa e quindi costitutiva e non solo probatoria (F. Vitarelli). Tale approccio è particolarmente utile nell'ambito del dolo eventuale, figura non definita dalla legge e soprattutto afferente ad un dato interiore non osservabile. Tali indicatori, si dice spesso, indiziano il dolo eventuale: così si esprimono pure le Sezioni unite. Essi svolgono un riconosciuto ruolo nel momento

dell'accertamento: costituiscono strumenti utili alla ricostruzione del processo decisionale. Un catalogo aperto di strumenti tratti dalla comune esperienza, da soppesare tra loro in modo non preconstituito, secondo lo stile tipico degli indizi, utile in relazione alla valutazione giudiziaria in ordine all'adesione alla prospettiva della verifica dell'evento collaterale. La presenza di tale guida esperienziale, valorizzando dati dello specifico contesto, consente, come è ampiamente riconosciuto, di sottrarre il giudizio a soluzioni astratte, oggettivizzanti, mutevoli e quindi imprevedibili.

Il raffinato dibattito teorico si interroga sulla possibilità che alcuni indicatori rivestano un ruolo costitutivo del tipo doloso: il dolo, si afferma, non può essere descritto attraverso un modello astratto, ma può essere definito ed accertato solo tramite gli indicatori che della figura finiscono col fare parte.

In questo scenario esiste il pericolo di confusione tra il piano della tipicità e quello della prova; di processualizzazione del diritto penale, con la prova che tende a surrogare il suo oggetto (Padovani, Gargani). La multiforme interazione tra struttura, oggetto e accertamento del dolo è da tempo (Bricola, Gallo) riconosciuta in dottrina, come già accennato. L'idea di identificare tratti costitutivi di alcuni indicatori frutto di questa interazione (modalità della condotta, probabilità di verifica dell'evento ecc.), è stata anche recentemente perseguita (F. Vitarelli): questi indicatori, si afferma, hanno valenza sostanziale ed assumono rilievo nella definizione della tipicità soggettiva. Al contrario, altri studiosi preferiscono attribuire agli indici un rilievo esclusivamente probatorio (diffusamente Demuro). Una discussione su questa sofisticata tematica sarebbe eccedente. Qui preme sottolineare che un indicatore può assumere rilievo solo nel caso in cui ne sia indiscussa la base esperienziale; ed esso si confronti, in uno specifico contesto fattuale, con una già fondata dogmatica del dolo eventuale. Insomma, l'idea di una giurisprudenza che crea mi è sempre parsa eccedente ed arbitraria. Ed è per questo che mi sono intrattenuto sulle ragioni valoriali, sistemiche che rendono inevitabile l'opzione per una dogmatica del dolo eventuale che valorizzi senza ambiguità retoriche il momento volitivo del dolo eventuale.

7. Infine, non si può mancare di esaminare ciò che accade nella prassi. Una indagine breve ed esemplificativa, visto che una rassegna nell'intera giurisprudenza recente sul tema di cui parliamo sarebbe qui impossibile. Premesso che le sentenze di legittimità non trascurano, in genere, di richiamare preliminarmente i principi espressi dalle Sezioni unite nel 2014, pare interessante esaminarne alcune, che trasmettono messaggi di vario genere.

Una sentenza sembra risucchiarci in un'epoca arcaica. La Corte (I, n. 10599/2024) nell'annullare la sentenza di condanna in ordine al reato di omicidio doloso, evoca i principi espressi dalle Sezioni unite, attualizzandoli con una affermazione di forte risonanza: «Deve evitarsi di ricondurre nel fuoco del dolo ogni comportamento improntato a grave azzardo, quasi che la distinzione tra dolo e colpa fosse basata su un dato "quantitativo" della sconsideratezza della condotta (uguagliando la maggiore sconsideratezza al maggiore tasso di rappresentazione e volizione), piuttosto che su un accurato esame delle specificità del caso concreto, attraverso il quale pervenire al dato

differenziale di fondo: ossia attribuire o meno al soggetto attivo un atteggiamento di volizione dell'evento lesivo o mortale (intesa in senso ampio, ossia comprensiva dell'accettazione dell'eventualità concreta)». Il caso è interessante. Un pastore si esercita a sparare nel suo ovile, in modo scriteriato, come d'abitudine, mirando ad un vecchio frigorifero; e uccide, colpendolo alla testa, il dipendente pastore che si trovava all'esterno con le pecore e, agli spari, sia era affacciato al muro di recinzione, probabilmente per rendersi conto di quanto accadeva. La Corte di merito ritiene l'esistenza del dolo eventuale, argomentando che la mancata visibilità del pastore avrebbe dovuto indurre l'imputato ad una maggiore prudenza nell'avviare l'azione di sparare. La Corte di cassazione censura tale valutazione ed annulla la condanna, considerando che essa fa riferimento, in modo contraddittorio, ad un elemento (l'imprudenza) tipico del reato colposo. In effetti la pronunzia di condanna si espone a critica radicale, per la trasformazione in dolo di un comportamento che, sebbene altamente imprudente, può essere ricondotto agevolmente al rimprovero colposo; ma anche per l'assenza di qualunque tematizzazione alla stregua degli indicatori, che avrebbe potuto facilmente orientare l'indagine verso l'esclusione del dolo eventuale: nessun movente, nessuna inimicizia, nessuna analisi del rapporto di collaborazione e della utilità del lavoro di quel pastore. In breve, nulla che possa indicare l'adesione eventuale all'evento. Sembra, insomma, di ricadere nel remoto principio di equiparazione della *culpa lata* al dolo.

Un automobilista che guida in modo spericolato travolge un motociclista caduto in terra. La Corte di cassazione (I, n. 681/2022) annulla l'imputazione dolosa, ricordando che la regola di giudizio è quella dell'oltre il ragionevole dubbio.

L'imputato, alla guida di un'auto imbocca una strada contromano, di notte, in una zona priva di illuminazione ed investe un pedone. La Corte di cassazione (n. 14663/2018, RV 273014), dopo aver evocato gli indicatori del dolo eventuale, afferma che, considerate le circostanze e le caratteristiche dei luoghi, il conducente non avrebbe potuto ignorare (e pertanto accettarne il rischio) le gravi conseguenze anche per la propria incolumità in caso di incidente. Dunque, non può essere ritenuta l'esistenza del dolo eventuale. Chiara l'applicazione dell'indicatore afferente agli esiti pregiudizievoli per l'autore della verifica dell'effetto collaterale.

Classico il caso di una guardia giurata che spara cinque colpi contro i ladri in fuga, nella loro direzione, ad altezza d'uomo, a circa trenta metri di distanza, dopo aver esploso un primo colpo in aria. E dopo essersi protetto dietro un muro. La Corte di cassazione (n. 40424/2019, RV 277112) evoca correttamente gli indicatori, la professionalità e la perizia nell'uso della armi, la ripetizione dei colpi: tutti fattori dai quali può desumersi la previsione e l'accettazione della probabilità di attingere i fuggitivi. Si configura, quindi, il dolo eventuale.

La Corte di cassazione si è anche occupata ripetutamente di lesioni dovute al contagio sessuale del virus HIV. In un caso (V, n. 34138, 2019, RV 277023) si è affermato che è sufficiente a provare il dolo eventuale, inteso come accettazione della probabilità dell'evento, il fatto che l'agente, pienamente consapevole di essere portatore del virus, abbia ciononostante ripetutamente consumato rapporti sessuali non protetti, senza avvisare la partner abituale del proprio stato. La Corte precisa che la risalente diagnosi di malattia con prescrizione di retrovirali esclude, nel caso di specie, la possibilità di

inquadrare l'imputato come incolto *uomo della strada*, inconsapevole del rischio di trasmissione sessuale del virus.

La stessa impostazione si può cogliere in altra sentenza (I, n. 14560/2022, RV 283305) relativa ad omicidio con dolo eventuale della compagna, a seguito della trasmissione sessuale del virus HIV. La Corte considera non solo i dati oggettivi afferenti dapprima al contagio e, successivamente alla diagnosi, alla dissuasione ad intraprendere le necessarie terapie; ma si interroga sull'atteggiamento volitivo dell'uomo, considerando che egli era ben coscio della sieropositività e di aver in precedenza trasmesso l'affezione ad altre due donne con le quali aveva intrattenuto relazioni sessuali. Ne inferisce che la condotta, protrattasi per un lungo arco di tempo, accompagnata dalla piena consapevolezza della natura della patologia per la quale si era sottoposto a diversi controlli, nonché delle conseguenze letali, implica l'accettazione dell'evento tipica del dolo eventuale. In ambedue i casi la Corte considera non solo le condotte, ma anche le storie personali per intendere se l'evento letale fosse concretamente nell'orizzonte mentale dell'autore.

8. La breve e solo esemplificativa rassegna mostra approdi della Corte di legittimità che attualizzano la concezione volontaristica del dolo, nella maggior parte dei casi cassando sentenze di merito che, come si è visto, hanno difficoltà ad accettare che il dolo eventuale può essere ritenuto solo in presenza di un quadro analiticamente considerato, indicativo (senza incertezze) dell'accettazione eventuale dell'effetto collaterale.

Tuttavia non si può trascurare che, in qualche caso, è la stessa Corte di cassazione che pone affermazioni non argomentate, francamente erranee, fomite di confusione, soprattutto quando sono massimate. Utile l'analisi di due casi.

Una fattispecie è relativa ai delitti di detenzione, porto e ricettazione di un fucile da guerra. La Corte (I, n. 52869/2018, RV 274986) esclude la possibilità di configurare il dolo eventuale cassando la sentenza di condanna, ma lo fa affermando che tale configurazione del dolo non è possibile in relazione ai reati di pura condotta per la sussistenza dei quali è necessario il dolo diretto. Conseguentemente il dubbio sulle circostanze precedenti o concomitanti all'azione è sufficiente ad escludere l'elemento psicologico del reato: «Nei reati commissivi e, soprattutto, nei reati di pura condotta, come quelli in esame, l'azione del soggetto assorbe la maggiore "quantità" della sua attenzione, consapevolmente attuandola. Per tale ragione, è sufficiente il dubbio sulle circostanze precedenti o concomitanti all'azione, per escludere il dolo. Tale ultimo rilievo consente di escludere la possibilità di configurare il dolo eventuale nei c.d. "reati di pura condotta". Fattispecie invece agevolmente ricollegabile ai soli "reati di evento"».

L'affermazione, come si vede, è dirompente, non argomentata, priva di qualunque precedente ed in contrasto frontale, tra l'altro, con la sentenza Nocera delle Sezioni unite (S. U. n. 12433, 2010, RV 246323), che ha tratteggiato i peculiari elementi caratteristici del dolo eventuale proprio nella ricettazione. Ma la sentenza è criticabile anche perché non coglie l'occasione per evidenziare un indicatore proposto dalle Sezioni unite del 2014, relativo alla condotta successiva al reato. Tale indicatore è stato discusso criticamente in dottrina, ma – pare – senza ragione. Il caso esaminato lo dimostra.

L'imputato aveva acquistato il fucile in un'armeria, dopo rassicurazioni dell'armiere di fiducia circa la sua regolarità e lo aveva regolarmente denunciato. Dopo l'acquisto, tuttavia, era stato assalito dal dubbio ed aveva svolto diverse indagini tecniche per appurare se l'arma, per la sua configurazione, consentisse lo sparo a raffica che caratterizza le armi da guerra, non commerciabili. Di tali accurate indagini la pronuncia di legittimità dà conto dettagliatamente. Orbene, è chiaro che in vicende del genere la condotta successiva conduce tranquillamente ad escludere che al momento della precedente condotta contestata il dubbio era stato genuinamente risolto in favore della liceità dell'acquisto. Il comportamento successivo, insomma, non entra nel dolo, ma fisiologicamente illumina il significato volontaristico della precedente condotta assunta come illecita. Tale comportamento, oltretutto, si iscrive nel paradigma della formula di Frank che le Sezioni unite Nocera hanno indicato come criterio esclusivo per l'accertamento del dolo eventuale nella peculiare incriminazione, che ha bisogno di essere nettamente distinta da quella contigua di incauto acquisto. Infatti, il ragionamento controfattuale imposto dalla formula ed agito alla stregua del comportamento successivo, conduce ad escludere che in presenza di sicura consapevolezza dell'illiceità dell'arma l'imputato l'avrebbe comunque acquistata.

Pure singolare è altra sentenza (V, n. 4854/2021, RV 282873) relativa ad un caso in cui l'imputato aveva esploso due colpi di fucile contro un ladro che nottetempo si era introdotto nella proprietà, causandone la morte. La sentenza di merito aveva ritenuto l'esistenza del reato di omicidio colposo. La prima sentenza di legittimità aveva annullato con rinvio, richiedendo la disamina del profilo afferente alla volontarietà o meno dell'azione. La Corte di legittimità, nuovamente coinvolta a seguito della seconda sentenza di merito che aveva sciolto il dubbio ritenendo la volontarietà dell'illecito, dopo aver puntigliosamente elencato gli indicatori proposti dalla Sezioni unite, ne esclude la utilità, non potendosi configurare un illecito colposo poiché «l'azione oggetto di valutazione non riguarda una attività lecita ma rischiosa, nell'ambito della quale rilevi l'osservanza o meno di regole cautelari bensì una attività illecita: l'uso di armi benché regolarmente detenute nei confronti di una persona». Anche qui le particolarità del caso, se attentamente investigate, avrebbero potuto condurre a valutare in concreto l'esistenza dell'illecito doloso; e si è invece preferito proporre un'enunciazione originale (l'impossibilità di configurare la colpa nei contesti illeciti) che, con tutta evidenza, contrasta con l'intera storia della giurisprudenza nell'ambito delle fattispecie del genere.

9. Le indicate aporie della giurisprudenza di legittimità e l'avversione della giurisprudenza di merito, in alcuni casi, ad avvalersi degli indicatori ridetti, incoraggiano infine a tentare di intendere quale sia, nel presente, il ruolo dell'indirizzo in tema di dolo eventuale espresso dalle Sezioni unite. A tale proposito occorre rammentare che in quella vicenda la principale imputazione riguardava il reato di omicidio colposo: un illecito di evento a forma libera, nel quale cioè lo spazio tra la deliberazione illecita e la sua realizzazione è vuoto, e può essere riempito con qualsiasi genere di condotta che si trovi in relazione causale con l'evento naturalistico. La sentenza, pur assumendo un'intonazione generalizzante, è implicitamente focalizzata su tale genere di illeciti. Gli esempi esaminati e gli indicatori offerti sono precipuamente

funzionali ad indirizzare il giudice nel non facile compito di inferire l'atteggiamento psicologico rispetto ad una infinita varietà di catene causali, di scenari fattuali.

Occorre tuttavia considerare che nella maggior parte dei casi la fattispecie incriminatrice presenta fattezze caratterizzate, che influenzano anche la definizione del dolo. Del resto, è ormai classico l'insegnamento che descrive il dolo come una entità plasmata dal tipo.

In alcuni casi la fattispecie astratta determina, esplicitamente o implicitamente, la forma di dolo richiesta. Ad esempio, nel reato di insolvenza fraudolenta si richiede il «proposito di non adempiere» e dunque il dolo intenzionale. Nel reato di calunnia si parla dell'incolpazione di «taluno che egli sa innocente» e questa richiesta certezza esclude il dolo eventuale. Nel complesso, il tratteggio del reato di truffa descrive un artato finalismo difficilmente compatibile col dolo eventuale.

La portata della figura è spesso ampliata, come è noto, con lo strumento del dolo specifico: si richiede il perseguimento di una finalità che va oltre la volizione dell'evento la cui verifica determina la consumazione dell'illecito. Dunque, il momento volitivo è enfatizzato; e la configurabilità del dolo eventuale è resa difficile. Ciò accade pure nei reati di attentato, basati sulla direzione della volontà; e nei quali, dunque, è esclusa la configurazione del dolo eventuale.

D'altra parte, sebbene il dolo sia incarnato dalla volontà e dalla rappresentazione, occorre considerare che, mentre tutti gli elementi fattuali del tipo devono essere oggetto di rappresentazione, non si può dire lo stesso del momento volitivo. Infatti, vi sono elementi che non sono connessi eziologicamente alla condotta umana, e possono essere oggetto solo di rappresentazione. Nella ricettazione, ad esempio, la provenienza illecita della cosa non può essere oggetto di volizione, essendo un *antefatto* che può essere investito solo dalla rappresentazione. Parimenti, nei reati con una forte componente normativa prevarranno momenti rappresentativi. In breve, il contenuto del dolo dipende dal suo oggetto e quindi a seconda del tipo di reato può avere una dimensione più ricca di momenti volutaristici ovvero rappresentativi.

Nelle fattispecie di una qualche complessità si determina una sorta di ideale spaccatura all'interno degli elementi del fatto, tra quelli che compongono la situazione tipica e quelli che compongono il precetto vero e proprio: il dolo, pur presentandosi come un dato psichico unitario, propone articolazioni, problematiche e sembianze differenziate a seconda che si rifranga sulla situazione tipica e dunque sui dati preesistenti e concomitanti (dolo del passato e del presente) ovvero sulla condotta e sull'evento e dunque su dati in divenire (dolo del futuro) (Brunelli). Queste diversità conferiscono diverse intonazioni all'oggetto del dolo, sicché nella sua configurazione eventuale riconosceremo, a seconda dei casi, la prevalenza di momenti rappresentativi o volitivi. Tutto questo, naturalmente, si riflette sull'accertamento, in relazione ai differenti profili conoscitivi e volitivi. In relazione agli elementi della fattispecie contrassegnati dalla componente rappresentativa (dolo del passato o del presente) l'indagine riguarda la conoscenza (più o meno imperfetta o incompleta), l'errore, l'ignoranza. Si parla quindi di dubbio sulla conoscenza, idealmente distinto dal dubbio sulla previsione caratteristico del momento volitivo. La diversità indicata, naturalmente,

ha influenza sulla selezione dei pertinenti indicatori utili alla risoluzione dell'interrogativo sul dolo eventuale.

Orbene, se solo si rammenta che una delle ragioni del successo delle teorie rappresentative del dolo è costituita dalle minori difficoltà nell'accertamento, rispetto all'indagine altamente problematica in ordine all'atteggiamento interiore riguardante l'evento, è facile intendere che rispetto a ciò che attiene all'informazione, alla conoscenza del passato e del presente è più facile (e quindi esigibile) l'attingimento di significative approssimazioni alla certezza, rispetto al giudizio di probabilità quanto alla previsione dell'evento. La citata sentenza Nocera è ancora una volta istruttiva quando richiede che la volontà eventuale deve essere oggetto di dimostrazione rigorosa, utilizzando esclusivamente la formula di Frank. La pronunzia considera che il dolo è costituito, prima che da una componente volitiva, da una componente rappresentativa che investe il fatto nel suo complesso, tutti gli elementi della fattispecie, e dà piena ragione della colpevolezza. Pertanto non vi è motivo di distinguere il caso in cui il dubbio cade sulla verifica dell'evento che viene accettato, da quello in cui cade su un presupposto già esistente al momento dell'azione. In un caso e nell'altro l'agente si rappresenta la possibilità di commettere un delitto e ne *accetta la eventuale realizzazione*: egli non si astiene dal tenere una condotta ben sapendo che può dar luogo a un illecito anche se questo non viene direttamente voluto. Insomma, per la Corte, in ambedue le situazioni è presente una consapevole, volontaristica accettazione dell'eventualità di verifica del fatto tipico.

Da tale conclusione emerge maggiormente la criticabilità di costruzioni del dolo eventuale che, soprattutto nella giurisprudenza meno recente, giungono ad una normativizzazione spinta delle diverse componenti della figura: la sostituzione del rischio all'evento e soprattutto la sostituzione della conoscenza con la conoscibilità, la surroga della rappresentazione con la mera rappresentabilità (Pedrazzi). Questa fenomenologia si riscontra nelle fattispecie con una forte impronta normativa: reati societari, fallimentari, tributari. L'amministratore non delegato, l'amministratore solo formale sono talvolta al centro di soluzioni applicative che, nell'assenza di un comportamento impeditivo, fanno leva solo sulla conoscibilità e non sulla conoscenza delle illiceità o dei segnali di allarme. Un approccio aperto a distorsioni intuitive. Come è stato considerato, il «non poteva non sapere» è processualmente sostenibile solo quando costituisce l'esito di un rigoroso procedimento ricostruttivo d'indizi ancorati a massime d'esperienza e regole comportamentali dimostrate: tracciato analitico di percorsi motivazionali tipici di una condotta aziendale, regole consolidate di contesto, sottocultura (Donini). Un itinerario probatorio difficile, ma da perseguire con affinata attenzione ai dettagli di ciascuna vicenda. Difficoltà accresciute nelle grandi organizzazioni. Si è condivisibilmente considerato in proposito che quanto più le dinamiche di svolgimento dei fatti appaiono distanti dal quadro percettivo *hic et nunc* presente nell'autore della condotta, tanto più sarà difficile ricondurli ad una previsione corredata da elementi rivelatori di una specifica connessione con gli sviluppi concretamente intervenuti, specialmente in presenza di una pluralità di soggetti in vario modo implicati nella realizzazione del fatto (G. A. De Francesco). Si parla (occorre chiarire) di difficoltà e non di impossibilità.

Come si vede, le riflessioni che si sono da ultimo proposte si indirizzano precipuamente, ma non esclusivamente al momento rappresentativo dell'illecito eventuale. Occorre allora tirare le fila. Sono state già esposte le storiche ragioni, cariche di valore, che impongono di porre al centro del dolo eventuale la volontà nella peculiare configurazione di consapevole accettazione dell'evento collaterale. È la volontà (sia pure nella peculiare accezione di tale normotipo) che segna il decisivo elemento discretivo tra dolo e colpa. Il dubbio irrisolto indizia fortemente ma non dimostra ancora il dolo. Solo in questa peculiare volontà, in questa volontaristica accettazione del dubbio, risiede il nucleo immancabile anche nelle fattispecie con una notevole componente rappresentativa.

Infine, è bene ancora ripetere che il momento rappresentativo può solo idealmente (per esigenze analitiche) essere disgiunto da quello volitivo: non vi può essere empiricamente e razionalmente volizione eventuale senza che essa abbia ad oggetto un quadro fattuale chiaramente definito.

È chiaro che l'itinerario indicato è spesso difficile da percorrere; ma pare che non vi siano alternative. Gli esempi citati, tratti dalla giurisprudenza, mostrano che un'indagine avulsa da una attenta e leale considerazione dei dettagli significativi di ciascuna vicenda conduce facilmente a soluzioni intuitive, non argomentate e spesso anche erronee. Insomma, nulla è per sempre. Dunque, ancora oggi dobbiamo pretendere che la decisione sia esente da irrazionali pulsioni punitive che finiscono col deformare i tratti fondanti della responsabilità dolosa; e sia disposta ad accettare che le regole di giudizio sono sempre quelle dell'oltre il ragionevole dubbio e dell' *in dubio pro reo*, da ragguagliare al criterio indiziario della elevata credibilità razionale e dell'assenza di plausibili ipotesi alternative (Paliero, Piergallini).