DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

LA DISTINZIONE TRA DOLO EVENTUALE E COLPA COSCIENTE NEI CONTESTI A RISCHIO DI BASE «CONSENTITO»

Relazione al Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola, «Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico», Università degli Studi di Bologna, sede di Ravenna, 23-24 marzo 2012.

di Stefano Canestrari

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La crisi dei classici criteri distintivi tra dolo eventuale e colpa cosciente. – 3. *Dolus eventualis in re licita*: i confini tracciati dalla mia ricostruzione. – 4. Apprezzamenti e critiche nei confronti della mia teoria. Repliche. – 5. La differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito». Le ipotesi più controverse: a) circolazione stradale. – 6. Segue: b) Il contagio sessuale da virus Hiv. – 7. Segue: c) Attività economiche e professionali. L'esempio dei reati di bancarotta. – 8. Segue: d) Condotte cc.dd. «ludico-criminali».

1. Considerazioni introduttive.

L'irruzione del *dolus eventualis in re licita* impone di prendere atto della fragilità teorica dei principali criteri distintivi tra le figure poste ai confini del dolo e della colpa. Le soluzioni «nominalistiche» – cui corrispondono spesso mere «professioni di fede» – devono essere definitivamente abbandonate.

L'eccezionale importanza della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito» – per i riflessi che comporta sul piano applicativo – ci induce ad affrontare tale questione, di estrema attualità, esclusivamente *de jure condito*[1]. La nostra relazione muove dunque dai seguenti presupposti.

Innanzitutto, il rifiuto di qualsiasi atteggiamento che assuma come punto di partenza la negazione o la rimozione del problema. Da un lato, dunque, nessuna concessione alle tesi che affermano la «inesistenza» della figura del dolo eventuale, da ricondurre all'universo delle diverse tipologie della colpa (cosciente, con previsione dell'evento, grave, «grave cosciente» o ulteriori sfumature)[2]. Dall'altro, una scettica vigilanza nei confronti degli orientamenti che propongono la trasmigrazione di un

[1] Per le mie proposte *de jure condendo*, con particolare riferimento alla soluzione definitoria del dolo eventuale, v. CANESTRARI, *La definizione legale del dolo, il problema del* dolus eventualis, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 942 ss.

[2] In questa direzione, da ultimo, CAMAIONI, *Evanescenza del dolo eventuale, incapienza della colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 508 ss.

 (cc) BY-NC-ND 2010-2012 Diritto Penale Contemporaneo

tertium genus da altri ordinamenti (*recklessness*; *mise en danger déliberée de la personne d'autrui*) per risolvere le inquietudini generate dalla categoria del dolo eventuale[3].

Beninteso. Una simile prospettiva – ovviamente *de jure condendo* – può essere legittimamente coltivata[4], ma per risultare persuasiva deve essere sorretta da un processo argomentativo valido sul piano scientifico. Non può risultare sufficiente la convinzione che una categoria unitaria e intermedia – in grado di accorpare dolo eventuale e colpa cosciente – attenui le difficoltà applicative. Occorre assai di più, vale a dire una duplice dimostrazione: che il suddetto *tertium genus* abbia fornito prestazioni convincenti negli ordinamenti «di origine»; che le fenomenologie criminose di difficile allocazione in uno schema binario, emerse nella nostra realtà giurisprudenziale, possano essere inquadrate con minori incertezze in una categoria intermedia, la cui definizione dovrebbe essere oggetto di discussione nell'ambito della dottrina penalistica italiana.

In verità, molte delle aspettative sembrano destinate a rimanere deluse. Per intanto, com'era prevedibile, non si rinviene nelle formule utilizzate in altri ordinamenti un terzo grado di colpevolezza, nel quale far «confluire», senza evidenti forzature, le nostre ipotesi «di confine» tra dolo e colpa. Inoltre, le indagini comparatistiche non confermano la supposizione che l'esistenza di un livello

---

[3] Sul punto cfr. da ultimo, con chiarezza, MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 222 ss.

[4] V., p.t., l'ampia analisi della CURI, *Tertium datur. Dal* common law *al* civil law. *Per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003, *passim*. Della Stessa v. ora «*Finché la barca va ...». Il fatto sconsiderato (dai pirati della strada alla responsabilità della persona giuridica)*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 3, con un'interessante indicazione relativa ad una sperimentazione circoscritta in ambiti specifici – a rischio di base «consentito» – nei delitti contro la vita o l'integrità fisica: si tratterebbe, cioè, di prevedere fattispecie di parte speciale in grado di introdurre «un parametro soggettivo che sostanzialmente coincida con il profilo della "temerarietà", o "sconsideratezza"» (*ivi*, p. 7).

Del resto, nei contesti a rischio di base «delittuoso» il nostro ordinamento giuridico contempla già fattispecie «intermedie», i delitti preterintenzionali intesi in senso lato, comprensivi dunque dei delitti dolosi aggravati da un evento «necessariamente» non voluto, neppure a titolo di dolo eventuale (sia consentito il rinvio a CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, *passim*). Sul ruolo del delitto preterintenzionale come *Aufgangtabestand*, in grado di «sdrammatizzare» la questione dei confini del dolo eventuale, cfr. le riflessioni di DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, n. 7/8, 2010, p. 2579 e nt. 62 (ove ulteriori riferimenti allo stesso DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 370 e DEMURO, *Il dolo, I, Svolgimento storico del concetto*, Milano, 2007, 264 s.).

Com'è noto, ad avviso di chi scrive, la funzione della preterintenzione come modello «intermedio» e autonomo di responsabilità penale può essere giustificata e valorizzata soltanto se la sua combinazione strutturale viene ricostruita come dolo misto a colpa generica (v. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., spec. 121 ss.; 132 ss.; ID., *Preterintenzione*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 710 ss.; 716 ss., laddove si descrive il procedimento di individuazione dell'omologo agente ideale per identificare la *culpa in re illicita*; di recente, in termini analoghi l'importante sentenza della Cass., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676 in *Foro it.*, 2009, II, 450 ss. con nota di TESAURO, Responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente: le sezioni unite optano per la colpa in concreto).

Ad un lettore sensibile non dovrebbe sfuggire che la prospettazione di un *dolus eventualis in re licita* e quella «contrapposta» di una *culpa in re illicita* vanno nella direzione di una progressiva «laicizzazione» del rimprovero penale, che rifiuta letture «eticizzanti» del reato come volontà malvagia.

«intermedio» risolva i dilemmi relativi alla distinzione tra le due tradizionali forme di responsabilità colpevole. Anzi: è proprio l'analisi del dibattito sulla natura della *recklessness* a contraddire le ragioni di certezza e di semplificazione addotte a favore di una riforma «radicale» dell'ordinamento penale italiano, volta a introdurre «nuove» forme di responsabilità colpevole. A tacer d'altro, risulta fondamentale ribadire un dato che sembra essere trascurato dalle ricerche comparatistiche: allorquando si è tentato di ricondurre alla figura della *recklessness* atteggiamenti psichici analoghi alle categorie europeo–continentali – o a forme di colpa grave – l'esito è stato del tutto insoddisfacente[5]. Difatti, si è ampliato il raggio applicativo di siffatto criterio di imputazione della responsabilità penale fino a deformare i tratti originari del suo volto, a tal punto da proporre in alcune ipotesi una ricostruzione della *recklessness* incentrata su parametri esclusivamente oggettivi, che hanno reso pleonastica qualsiasi indagine concernente il profilo psicologico.

Occorre, dunque, prendere atto che il tentativo di rintracciare «altrove» una terza «specie» di responsabilità colpevole finisce principalmente per dare origine a sterili dispute sull'eventuale «posizione dogmatica», nel nostro sistema penale, di istituti ad esso estranei. Si torni allora a riflettere sull'importanza di una «difficile» ma indispensabile opera di descrizione della linea di demarcazione tra dolo e colpa, consapevoli del fatto che nell'ordinamento vigente è necessario ricostruire identità «differenziate» delle figure del *dolus eventualis* e della colpa cosciente, senza esigere una loro «saldatura» in assenza di gradini «intermedi»[6].

Se si concorda sulla legittimità di tali presupposti e si abbandona la ricerca illusoria di soluzioni già «confezionate», l'analisi delle esperienze straniere può fornire preziose indicazioni, in quanto «costringe» l'interprete a rendersi conto della complessità dell'opera di individuazione del segmento che divide dolo e colpa. In particolare, si dovrebbe avere la riprova che la distinzione tra queste due forme di realizzazione colpevole – le quali, pur presentando strutture ontologiche di fondo, sono prive di confini scolpiti in modo definitivo – non può essere più affidata a formule psichiche del tutto evanescenti sorrette da (rozze ma) pericolose semplificazioni obiettive.

A ben vedere, infatti, gli sforzi compiuti in altri paesi per disciplinare i «territori contesi» dal dolo e dalla colpa sono caratterizzati da un denominatore comune[7]. Al di là delle diverse soluzioni prospettate e della distante «sensibilità dogmatica», si avverte che una simile operazione impone di radicare il piano psicologico fenomenico su una dimensione strutturale e normativa. Ed è proprio un'adeguata articolazione di tale prospettiva che consente di rifondare le nostre categorie del *dolus eventualis* e della colpa con previsione, motivando la loro qualificazione rispettivamente come forme del «fatto doloso» e del «fatto colposo».

---

[5] Cfr. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 279 ss.

[6] Sia consentito ancora il rinvio a CANESTRARI, *Dolo eventuale*, loc. cit. Dello stesso avviso ora, tra gli altri, DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione «separata» dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 914 s.; DONINI, *Dolo eventuale*, cit., 2578 ss.

[7] Cfr. CANESTRARI, *La definizione*, cit., 938 ss.

2. La crisi dei classici criteri distintivi tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Nella mia opera monografica, che risale al 1999, sottoposi ad una severa critica la formula dominante della c.d. «accettazione del rischio» – utilizzata per distinguere dolo eventuale e colpa cosciente – ipotizzando un suo lento e inarrestabile declino. Mi soffermai su una «costante» che caratterizzava – e tuttora contrassegna – il prevalente orientamento in sede applicativa, attribuendo ad essa un significato decisivo: si suole escludere la configurabilità del *dolus eventualis* nell'ambito dello svolgimento di attività di per sé autorizzate dall'ordinamento giuridico (circolazione stradale, sport, medicina, produzione industriale e attività lavorative, ecc.) e, per converso, si tende ad affermare la sua sussistenza se il risultato previsto viene cagionato in un contesto penalmente illecito[8].

Questa agevole suddivisione costituiva il principale indicatore – peraltro mai esplicitato – in grado di orientare le prese di posizione giurisprudenziali: laddove la realizzazione del fatto tipico era concretamente prevista (se non addirittura soltanto «prevedibile») dal reo che agiva in un territorio criminoso, si optava in modo pressoché «automatico» per la configurazione di un'«accettazione» volontaria del rischio; viceversa, si riteneva quasi sempre integrata la colpa cosciente – e dunque la fiducia/convincimento nella non verificazione dell'evento – nei confronti di chi effettuava una condotta a «rischio di base consentito». Se è vero che il seme «perverso» del *versari in re illicita* alberga nel «preconscio» dei penalisti, si comprende altresì l'atteggiamento della letteratura, la quale per anni ha evitato di interrogarsi sul significato di una simile tendenza applicativa.

Eppure i «segnali di allarme» avrebbero dovuto essere evidenti: in assenza di adeguate informazioni appariva legittimo il sospetto che gli organi giudicanti attingessero l'«interiorità» del dolo eventuale attraverso il ricorso a paradigmi semplificanti di «tipo d'autore». Ciononostante, il «tacito accordo» tra dottrina e giurisprudenza, sia pure poco commendevole, garantiva effetti tranquillizzanti. Per un verso, rispetto ad una casistica dove i principali protagonisti erano il rapinatore – che non esitava a sparare allo scopo di aprirsi una via di fuga – e il temerario conducente di autoveicolo, non suscitava alcuna inquietudine una prassi in parte ispirata al principio del *versari*. Per l'altro, la sostanziale concordia sulle soluzioni adottate in sede applicativa consentiva, agli studiosi, di esercitarsi nella costante ricerca di formule capaci di tracciare con nettezza i confini tra dolo eventuale e colpa cosciente – il censimento delle quali supera, in seguito ad un'approfondita indagine comparatistica,

---

[8] CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 122. Conf. ora FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012, 158; ID., (voce) *Dolo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, III, Milano, 2006, 2041; DE VERO, *Dolo eventuale*, cit., 909.

la «doppia cifra»[9] – senza che la realtà evidenziata dai «massimari» testimoniasse il mancato adempimento degli oneri definitori. Basti riflettere sull'utilizzo nei vari orientamenti dottrinali e giurisprudenziali del concetto di fiducia/convinzione nella non verificazione dell'evento, che dovrebbe costituire l'ossatura della categoria della colpa con previsione. Tutti si affrettano a precisare che confidare non equivale a sperare; che fiducia non può essere un sinonimo di desiderio. Di conseguenza, si puntualizza che la fiducia nella non verificazione dell'evento deve essere – a seconda delle diverse prese di posizione – «seria», «adeguata», «solida», «motivata», «ragionevole», «razionale», «fondata», «sorretta da motivazioni non irrazionali». Nessuno, tuttavia, si accolla l'onere di dimostrare il procedimento di accertamento della «fondatezza», della «ragionevolezza», della «serietà» di codesto convincimento e il *discrimen* tra una fiducia sorretta da motivazioni razionali – secondo chi? in base a quali parametri? – e una mera speranza che non è in grado di escludere un'imputazione dolosa ancorché indiretta.

Due fenomeni determinano la «rottura» di un equilibrio che si reggeva su fondamenti così fragili.

In primo luogo, l'emersione di fenomenologie di rischio ancipite – si pensi, ad esempio, alla condotta sessuale rischiosa (non protetta) del soggetto sieropositivo (consapevole del suo stato) – non consente più una sicura allocazione dei rischi riconducibile ad uno schema binario (territori «già» penalmente illeciti – contesti *ab origine* autorizzati) cui corrispondeva puntuale il rispettivo «abbinamento» al dolo eventuale e alla colpa cosciente.

In secondo luogo, l'espansione del rimprovero penale verso settori tradizionalmente inquadrati nell'area dell'*erlaubtes Risiko* (attività economiche, produttive, lavorative, sanitarie, ma anche l'ambito della circolazione stradale) disvela l'arretratezza e la perdita di capacità euristica – e, quindi, di orientamento interpretativo – delle opinioni tradizionali elaborate per distinguere dolo eventuale/colpa cosciente nel settore delle fattispecie causalmente orientate. Alle inevitabili difficoltà di «adattare» (laddove risulta consentito) le nozioni di dolo eventuale e di colpa cosciente all'ampia e caotica legislazione del *Nebenstrafrecht* (diritto penale societario, fallimentare, ecc.), si sono aggiunti prevedibili contrasti in ordine ad alcune scelte giurisprudenziali che coinvolgono appartenenti a determinate cerchie sociali e professionali. Ed invero, soprattutto nel multiforme diritto penale dell'economia sono sempre più frequenti pronunce che, rinunciando ad individuare le premesse concettuali del *dolus eventualis* e facendo leva su una presunta «flessibilità» di tale categoria, finiscono per operare vere e proprie commistioni tra il piano del dolo e quello della colpa[10].

La presenza di queste problematiche – che per ora ci limitiamo ad elencare (il

---

[9] Cfr. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 33 ss.; 41 ss.; 43 ss.; 53 ss.; 55 ss.; 62 ss.; 65 ss.; ora v. anche l'opera monografica di CERQUETTI, *Il dolo*, Torino, 2010, *passim* e l'ampia voce Dello Stesso, *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, Tomo II, Torino, 2008, 962 ss.

[10] Sul punto v. già le acute osservazioni di EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni fra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1060 ss.

ruolo «incisivo» del dolo eventuale nel diritto penale economico; l'apparizione di fenomenologie di rischio di natura «anfibia») – produce conseguenze di notevole rilievo.

Innanzitutto, viene praticamente sancita l'obsolescenza di alcuni classici criteri distintivi fra *dolus eventualis* e colpa cosciente, che dottrina e giurisprudenza ritengono non più idonei a «captare» e risolvere le questioni poste con urgenza dall'attuale casistica.

Inoltre, si assiste ad una profonda modificazione dei rapporti tra dottrina e giurisprudenza, che erano contrassegnati – in virtù di quella «ripartizione dei compiti» basata su presupposti «convenienti» anche se poco apprezzabili – dall'assenza di reali contrasti di fondo. Le uniche lamentazioni della letteratura riguardavano, da noi, la discussa compatibilità della forma indiretta del dolo con l'istituto del tentativo e, nei paesi di lingua tedesca, le scelte terminologiche effettuate dalle pronunce; di rado veniva contestato il contenuto delle decisioni, in quanto il più delle volte il risultato raggiunto non si discostava dalle conclusioni cui sarebbe pervenuta la dottrina[11].

La recente insorgenza dei citati fattori di «disorientamento» conduce invece ad una nuova dialettica, e talvolta ad una divaricazione, degli atteggiamenti che si vanno delineando in sede scientifica e sul piano applicativo.

La giurisprudenza reagisce con strategie differenziate a seconda delle contingenti esigenze probatorie. In talune prese di posizione si rinuncia a richiamare determinate elaborazioni di «diritto sostanziale» – magari perché ritenute non sufficientemente accreditate (come, ad esempio, la «teoria della operosa volontà di evitare») –, ma si finisce poi per utilizzare i criteri da esse enucleati (basti pensare, sempre con riferimento alla *Vermeidungstheorie*, all'indicatore costituito dalla condotta volta ad impedire l'evento lesivo)[12]. Con maggiore frequenza, però, si opta per un generico rinvio a quelle formulazioni dottrinali che garantiscono un ampio margine di manovrabilità, necessario per soddisfare le varie istanze di politica criminale.

In questa prospettiva, si valorizzano le posizioni che incentrano la differenza fra dolo eventuale e colpa cosciente in termini accentuatamente «soggettivistici», privilegiando i criteri fondati su momenti di *Gesinnung* (atteggiamenti di indifferenza o di disprezzo verso il bene giuridico protetto) oppure le formalizzazioni concettuali più «manipolabili», come la riproposizione dell'accettazione «volontaria» del rischio in combinazione con il criterio *lato sensu* «economico» sostenuto da settori della dottrina italiana[13] e con la celebre (e criticata) prima formula di Frank[14].

---

[11] Cfr. CANESTRARI, *Die Struktur des dolus eventualis. Die Unterscheidung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit und die neuen Risikophänomenologien*, in *GA*, 2004, 210 ss.

[12] La impostazione di ARMIN KAUFMANN (*Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs-und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze*, in *ZStW* 70, 1958, 64 ss.) non è stata accolta favorevolmente dalla dottrina dominante (cfr., p. t., JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, *AT*, 4ª ed., Berlin, 1988, 272), sebbene si riconosca la sua utilità per motivare in alcuni contesti dei risultati soddisfacenti (v., ad es., FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, 13 ss.; 277 ss.).

[13] V. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Milano, 1993, 31 ss.

[14] Per una critica alle cc.dd. formule di Frank sia consentito il rinvio a CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 47 ss. Sulla «riscoperta» della formula di Frank per la configurazione del dolo eventuale nella ricettazione da

La dottrina, dal canto suo, non tarda a rendersi conto che queste applicazioni giurisprudenziali offrono un'evidente dimostrazione della «vaghezza» di tali impostazioni teoriche e torna ad occuparsi, con rinnovato vigore di una questione di sua competenza: quella di indicare con maggiore precisione una formula teorica atta a tracciare, in un contesto sociale che propone nuove ed urgenti problematiche, la linea di demarcazione tra dolo eventuale e colpa cosciente. Tale esigenza viene avvertita con distinte sensibilità, ma i contributi più significativi della letteratura contemporanea sembrano condividere la valutazione sui mancati progressi delle teorie dominanti nella direzione di una concretizzazione e funzionalizzazione dei requisiti del *dolus eventualis*[15].

I motivi di preoccupazione dei giuristi penalisti sono fondati: in questo contesto gli organi giudicanti finiscono per optare a favore dell'applicazione del dolo eventuale, oppure della colpa cosciente, sulla base di ambigue intuizioni eticizzanti.

Su questo sfondo, appare significativa, in tema di circolazione stradale, l'analisi comparata di due casi giudiziari simili, ma con epilogo diverso.

Il primo di questi, in ordine temporale, è quello che riguarda l'investimento mortale, presso un incrocio della capitale, di due giovani che viaggiavano a bordo di uno *scooter*. L'evento era stato cagionato da un uomo alla guida di una potente auto, il quale, alterato per un acceso diverbio in corso con la fidanzata, sedutagli affianco, aveva deciso di attraversare ad alta velocità due incroci consecutivi in cui il semaforo era per lui rosso, fino ad incontrare sulla propria traiettoria i due giovani, travolgendoli.

---

parte delle Sez. Un. della Cassazione (26 nov. 2009 - 30 marzo 2010, n. 12433, in *Cass. pen.*, 2010, 2548 ss.) cfr. le profonde riflessioni di DONINI, *ivi*, 2555 ss.

[15] Da punti di vista anche molto distanti, cfr., nella letteratura italiana più recente, G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 113, 144 ss., laddove si formula la proposta di individuare la linea di confine tra dolo e colpa attraverso il criterio della rappresentazione del nesso causale; ID., *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e «colpa grave» alla luce di diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 513 ss.; ID., *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 2012, 1974 ss.; DE VERO, *op. cit.*, 883 ss.; ID., *Il dolo e la preterintenzione*, in PALAZZO, PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale, I, La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Torino, 2010, 192 ss.; PROSDOCIMI, *op. e loc. ult. cit.*; EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 107 ss.; ID., *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 976 ss., ove una rinnovata difesa della (prima) formula di Frank (spec. 980 ss.); RONCO, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 1175 ss.; spec. 1194 ss.; DONINI, *Dolo eventuale*, cit., 2569 ss.; FIANDACA, *Sul dolo eventuale, loc. cit.*; VENEZIANI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium Iuris*, 2001, 70 ss.; CERQUETTI, *Il dolo*, loc. cit.; ID., *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Torino, 2004, 216 ss.; DEMURO, *Il dolo*, II vol., *L'accertamento*, Milano, 2010, 247 ss.; 427 ss.; MASUCCI, *Fatto e valore nella definizione di dolo*, Torino, 2004, 397 ss.; 401 ss.; in una prospettiva essenzialmente *de jure condendo*, CURI, *Tertium datur*, cit.; MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale*, *loc. cit.* (anche in *Ind. pen.*, 2010, 9 ss.); ID., *E' davvero irrisolvibile il «mistero» del dolo eventuale?*, in *www.archiviopenale.it*, fasc. 2, maggio-agosto 2012, 22 e ss.; cfr. altresì LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1498 ss.; FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 228 ss.

Nella recente dottrina d'oltralpe v., tra gli altri, ROXIN, *Über den «dolus eventualis»*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 1201 ss.; MAURER, *Das voluntative Element des Vorsatzes als Beweisthema vor Gericht*, Saarbrücken, 2007, 56 ss.

Il giudice di primo grado aveva condannato l'automobilista per omicidio doloso, affermando la sussistenza del dolo eventuale alla luce di una condotta ritenuta posta in essere accettando il rischio di produrre l'evento[16], mentre in appello il fatto è stato riqualificato in omicidio colposo, aggravato dalla previsione dell'evento (con riduzione della pena detentiva da 10 a 5 anni di reclusione)[17].

La Corte di Cassazione ha fatto proprie le considerazioni dei giudici di appello – peraltro apprezzabili nello sforzo di recuperare la dimensione volontaristica del dolo eventuale, puntualizzando che esso sussiste solo se vi è l'accettazione anche dell'evento e non solo del rischio[18] – confermando così la statuizione impugnata invece che assecondare il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Roma, il quale chiedeva ai giudici di legittimità «di porre il suo innovativo sigillo alla sentenza del primo giudice, travolgendo il modello giovanile di esaltazione della cultura della morte e riaffermando il principio di sacralità della vita».

Il secondo caso riguarda un altro incidente verificatosi nello stesso incrocio poco tempo dopo quello di cui si è appena trattato.

Un immigrato irregolarmente presente nel territorio italiano viaggiava a bordo di un furgone rubato, quando, alla vista di agenti della Polizia di Stato, ha iniziato ad accelerare destando sospetto ed inducendoli così ad inseguirlo.

L'uomo, nella sua fuga spericolata, ha attraversato diversi incroci con la segnalazione del rosso semaforico, fino a scontrarsi con alcune auto che impegnavano regolarmente proprio l'incrocio in cui meno di due mesi prima avevano trovato la morte i due giovani in *scooter*. Nell'incidente è morto un ragazzo seduto nel sedile posteriore di una delle auto coinvolte, mentre altre persone hanno riportato lesioni.

In primo grado è stata accolta dai giudici romani l'imputazione di omicidio e lesioni dolosi, richiamando esplicitamente il criterio dell'accettazione del rischio[19], mentre i giudici d'appello hanno inquadrato l'evento complessivo nell'ambito della responsabilità per colpa cosciente, con conseguente riduzione della pena detentiva (da 16 anni a 8 anni e 6 mesi di reclusione), facendo riferimento a buona parte delle

---

[16] G.U.P. Trib. Roma, 26 novembre 2008, in *Foro it.*, 2009, II, 414, con nota di FIANDACA, *Sfrecciare col «rosso» e provocare un incidente stradale: omicidio con dolo eventuale?*.

[17] Ass. App. Roma, 18 giugno 2009, in *Giur. merito*, 2011, 7-8, 1891 ss., con nota di PIOLETTI, *Dolo eventuale e colpa cosciente in una pronuncia della Corte d'Appello di Roma*.

[18] Cass. 18 febbraio 2010, n. 11222, in *DeJure*, massimata in questi termini: «Per ritenere la sussistenza del dolo eventuale, in luogo della colpa con previsione, occorre accertare che l'agente abbia accettato come possibile la verificazione dell'evento – nel caso di incidente stradale: la morte o la lesione di altri soggetti – non soltanto che abbia accettato una situazione di pericolo genericamente sussistente: ed è altresì necessario un «*quid pluris*» rispetto alla sola previsione dell'evento (che pure caratterizza la colpa cosciente), cioè l'accettazione «*hic et nunc*» della concreta probabilità che questo, ancorché non direttamente voluto, abbia a realizzarsi, non desistendo l'agente dalla sua condotta, che continua ad essere dispiegata anche a costo di determinare l'evento medesimo. E questo perché «accettazione del rischio» non significa accettazione soltanto di quella situazione di pericolo nella quale si inserisce la condotta del soggetto e prospettazione solo che l'evento possa verificarsi, ché tanto costituisce anche il presupposto della colpa cosciente; significa accettare anche la concreta possibilità che si realizzi quell'evento, direttamente non voluto».

[19] Ass. Roma, 6 febbraio 2001, *inedita*.

considerazioni sviluppate dalla Cassazione nella sentenza sul precedente caso analogo[20].

La Corte di legittimità ha invece annullato con rinvio la sentenza di secondo grado – dimostrando di aderire piuttosto alla ricostruzione e alle modalità di accertamento, per mezzo della prima formula di Frank, del dolo eventuale proposte nel frattempo dalle Sezioni Unite in relazione al delitto di ricettazione[21] – ed ha sostanzialmente indirizzato i giudici destinatari del processo verso la riqualificazione giuridica del fatto[22], riconoscendo così per la prima volta il dolo eventuale nella produzione di eventi lesivi o mortali in coincidenza della violazione di norme sulla circolazione stradale[23].

In questa sede, più che esprimersi direttamente sulla condivisibilità delle pronunce riguardanti i due casi appena richiamati, interessa osservare come, muovendo sostanzialmente sempre dal criterio dell'accettazione del rischio, i giudici chiamati a decidere abbiano dato vita ad una significativa oscillazione nella qualificazione dell'imputazione soggettiva[24].

3. *Dolus eventualis in re licita*: i confini tracciati dalla mia ricostruzione.

A mio avviso occorre riconoscere al dolo eventuale una fisionomia strutturale più complessa – nell'ambito di una costruzione separata delle tipologie delittuose dolose e colpose – che si articola in diversi gradini: sul piano «oggettivo», il rischio non consentito «doloso»; sul piano «soggettivo», l'elemento rappresentativo e quello volitivo[25].

---

[20] Ass. App. Roma, 18 marzo 2010, *inedita*.

[21] La pronuncia, con il commento di DONINI, è citata supra a nt. (14).

[22] Il giudice del rinvio ha infatti optato per l'incriminazione a titolo di dolo eventuale (con l'irrogazione di una pena di 15 anni di reclusione) pronunciando una sentenza che ha poi trovato conferma anche al ritorno in Cassazione per il vaglio definitivo (Cass., 27 settembre 2012, n. 42973, in *DeJure*).

[23] Cass., 1 febbraio 2011, n. 10411, la cui massima è pubblicata in *Foro it.*, 2011, 10, II, 533 ss., con nota di DI FRESCO, *Incidente mortale causato da una condotta di guida sconsiderata. Dolo eventuale o colpa cosciente? La Cassazione rispolvera la prima formula di Frank*: «In tema di elemento soggettivo del reato, il criterio distintivo tra dolo eventuale e colpa cosciente deve essere ricercato sul piano della volizione; mentre nel dolo eventuale occorre che la realizzazione del fatto sia stata «accettata» psicologicamente dall'agente, nel senso che egli avrebbe agito anche se avesse avuto certezza del verificarsi del fatto, nella colpa cosciente la rappresentazione come certa del determinarsi del fatto avrebbe trattenuto il soggetto dall'agire». Per ulteriori commenti di tale pronuncia, si vedano AIMI, *Fuga dalla polizia e successivo incidente stradale con esito letale: la Cassazione ritorna sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente*, in *questa Rivista*, 25 maggio 2011; ZECCA, *Dalla colpa cosciente al dolo eventuale: un'ipotesi di omicidio e lesioni personali «stradali» in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, ivi, 27 settembre 2011.

[24] Per considerazioni integrate su entrambi questi casi giudiziari, si vedano FIANDACA, *Sul dolo eventuale, op. e loc. cit.*; MANNA, *Colpa cosciente*, cit., 19 ss.; ZECCA, *Dalla colpa cosciente*, cit.

[25] CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 122 ss.; 143 ss.; 157 ss.

I termini «oggettivo» e «soggettivo» sono utilizzati in virtù della loro valenza convenzionale. Dal punto di vista sistematico, ovviamente, il piano «oggettivo» della mia teoria è già un fattore di tipicità «soggettiva» in quanto vengono prese in considerazione le conoscenze e le capacità in possesso dell'agente concreto. Sul

Com'è noto, nei riguardi del pericolo che funge da «piedistallo normativo» della categoria del *dolus eventualis* utilizzo la seguente definizione: deve trattarsi di un rischio non consentito, la cui assunzione non può neppure essere presa seriamente in considerazione dalla figura modello dell'agente concreto. In altri termini: parlo di rischio (non consentito) doloso quando la prospettiva di «correre» siffatto rischio può essere «percepita» e valutata dal soggetto – considerando le conoscenze e le capacità in suo possesso nonché le circostanze a lui note – soltanto «spogliandosi delle vesti» (meglio: «rinnegando l'abito») dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*[26].

Si formuli un esempio «da manuale» per chiarire le ipotesi in cui si può ritenere integrato il primo gradino del dolo eventuale. Il medico-chirurgo («ogni medico-chirurgo»), direttore di una casa di cura dove si possono eseguire soltanto alcuni trattamenti anestetici, qualora sia a conoscenza delle circostanze che il paziente ivi ricoverato è allergico a tali sostanze e può essere agevolmente trasferito in strutture ospedaliere più attrezzate, valuterà invariabilmente la situazione concreta in cui si trova («sgradevole» ma) priva di alternative. L'eventualità di affrontare il rischio di un esito infausto non verrà neanche presa in esame. Ecco, allora, che nel momento in cui il soggetto decide di agire – e, cioè, di effettuare l'operazione per motivi di lucro e perché fiducioso che gli anestesisti rianimatori del «suo» istituto salveranno la vita al paziente – siamo di fronte ad un **rischio doloso**, in quanto la sua assunzione non può neppure essere presa (seriamente) in considerazione nell'ambito della tipologia sociale di riferimento.

L'individuazione del «rischio (non consentito) doloso» è una condizione necessaria ma non sufficiente per la configurazione del dolo eventuale. La componente «oggettiva» costituita da tale peculiare situazione di rischio costituisce il presupposto degli ulteriori elementi «soggettivi» della rappresentazione e della volizione dell'agente, la cui sussistenza deve essere verificata autonomamente.

Per ciò che concerne l'elemento cognitivo, si deve accertare una rappresentazione effettiva da parte del reo del concreto esito offensivo, basata sulla conoscenza attuale della situazione di fatto al momento della condotta. In relazione all'elemento volitivo, può essere conservato il tradizionale concetto di «accettazione»; è però necessario sottolineare che deve trattarsi di **accettazione (non soltanto del**

---

livello di rischio non consentito già «soggettivamente» connotato come doloso si innestano gli altri due livelli (cognitivo e volitivo) in sede di colpevolezza.

Per un ampio quadro delle questioni sistematiche collegate ad una ridefinizione terminologica di «oggettivo» e «soggettivo», cfr. ora le preziose riflessioni di CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 511 ss. Sempre in riferimento all'illecito colposo sia consentito il rinvio a CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, cit., 73 ss., laddove si precisa che la misura «oggettiva» della colpa fa in realtà riferimento ad un parametro «oggettivo-soggettivo» (quello dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*) – così già CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., 109 ss., 118 – e la misura «soggettiva» può essere definita «individualizzante» o «personalizzante».

[26] V. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 122 ss.; 143 ss.; 157 ss. Per una valorizzazione del disvalore d'azione proprio del delitto doloso, funzionale a distinguere tra dolo eventuale e colpa cosciente, si veda ora DE VERO, *Dolo eventuale*, cit., 883 ss.; in questa prospettiva cfr. altresì l'ampia monografia della PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 141 ss.

rischio, bensì) del fatto, dell'evento di danno là dove sia previsto dalla fattispecie incriminatrice[27]. Ciò consente di riconoscere appieno l'importanza dei dati rilevanti per verificare la decisione (in favore della lesione del bene giuridico) del soggetto agente, vale a dire dell'esistenza di «indicatori» e «controindicatori» che devono essere tenuti in considerazione: si pensi, ad esempio, al comportamento attuato per evitare il risultato lesivo, che può condurre a negare la sussistenza del versante volitivo del dolo eventuale (la presenza o meno di meccanismi di neutralizzazione del decorso causale lesivo, nonché l'efficacia dell'intervento «positivo»), oppure a situazioni di spavento che impediscono al soggetto di avere l'evento «davanti agli occhi» e dunque di accettarne la verificazione.

Come è stato correttamente osservato, la mia teoria si colloca – nell'ambito del dibattito tra le impostazioni soggettivistiche e quelle oggettivistiche[28] – in una posizione intermedia e può essere definita «mista», vale a dire «oggettivo-soggettiva»[29].

4. Apprezzamenti e critiche nei confronti della mia teoria. Repliche.

Lo sforzo che ho compiuto di approfondimento del fondamento di tipicità di dolo eventuale e colpa cosciente – in un contesto sistematico di adesione alla prospettiva della costruzione separata delle fattispecie criminose – ha ricevuto numerosi riconoscimenti da autorevoli settori della letteratura penalistica.

Da più parti si riconosce che chi ha elaborato una teoria mista specificamente per il dolo eventuale non ha inteso «espungere il momento volitivo o di colpevolezza dell'accertamento ma invece soprattutto segnalare l'esigenza di una selezione [della responsabilità dolosa anche indiretta] già a livello di rischio, di tipologia di condotta»[30]. Ciò al fine di non ridurre l'accertamento del fatto commesso con dolo eventuale «a

---

[27] CANESTRARI, *op. e loc. ult. cit.* Si esprimono in questo senso, per tutti, G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 113 ss.; PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 32; PULITANÒ, *Diritto penale*, 4ª ed., Torino, 2011, 315; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. PG*, 3ª ed., Milano, 2009, 3.4.3.2, 281; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. PG*, Bologna, 2007, 399; di recente, COCCO, *Gli insuperabili limiti del dolo eventuale. Contro i tentativi di flessibilizzazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1949 ss. Nella letteratura di lingua tedesca, HASSEMER, *Kennzeichen des Vorsatzes*, in *Arm. Kaufmann FS*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, 28; trad. it. (di CANESTRARI), *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 1991, 488 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 356.

[28] Per ulteriori declinazioni di tale contrapposizione si vedano le riflessioni e le terminologie utilizzate da SCHÜNEMANN, *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, in WEIGEND-KÜPPER (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburstag am 11. April 1999*, Berlin-New York, 1999, 363 ss., laddove distingue tra concezioni filologiche del dolo (tese a valorizzare la componente volitiva) e concezioni tipologiche del dolo (incentrate sul momento cognitivo e, in particolare, sulla categoria del rischio); PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2000, 1265 ss., con efficace sottolineatura dei rischi di «normativizzazione» delle diverse tipologie del dolo; e da FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit., in partic. 162, quando parla di contesa tra «psicologisti» e «normativisti», «essenzialisti» e «proceduralisti». Cfr. altresì quanto detto a nota (25).

[29] Esattamente, tra gli altri, DONINI, *Dolo eventuale*, cit., 2574 s.; PERINI, *op. cit.*, 145.

[30] Così, chiaramente, DONINI, *Dolo eventuale*, cit., 2575.

indagine solo interiore, come tale potenzialmente staccata ormai dal "fatto" (trattandosi di dolo ... "indiretto"!), e pertanto più vicina a forme di *Gesinnung*, di dolo d'autore, o a parametri troppo indeterminati di prova, che rendono imprevedibili e incontrollabili le decisioni giudiziali»[31].

Muovendo da presupposti diversi, un'altra autorevole voce della letteratura penalista definisce «robusto» il mio sforzo teorico condividendo la necessità di approfondire la dimensione della tipicità del rischio innescato dalla condotta per tracciare una prima delimitazione dei rispettivi confini di dolo eventuale e colpa cosciente[32].

Prescindendo dalle osservazioni di ulteriori ed illustri interlocutori, mi limito a prendere in considerazione i rilievi critici dei due Autori appena citati, in quanto entrambi condividono, con chi scrive, l'idea che sia necessario fondare un autentico discrimine «da *aliud* ad *aliud*» tra reati a dolo eventuale e a colpa cosciente[33] (sul piano «oggettivo», De Vero[34]; su quello «soggettivo», Donini[35]).

Secondo Donini, la configurazione dell'«entità di rischio» che qualifico come doloso – lo zoccolo normativo del *dolus eventualis* – potrebbe avvicinare la mia teoria alla posizione della Puppe, la quale deve essere giustamente criticata in quanto – oltre ad utilizzare parametri solo oggettivistici – si affida ad astrazioni di per sé proprie della tipicità colposa.

Il timore espresso da Donini non appare fondato. La mia presa di distanza dal tentativo della Puppe di enucleare un concetto di «pericolo doloso» – che secondo l'Autrice dovrebbe peraltro costituire un substrato comune a tutte le tipologie di dolo[36] – è stata netta. Nella mia opera monografica[37] ho posto in luce che siffatta ricostruzione – è «doloso» quel tipo di pericolo «che un uomo giudizioso avrebbe corso solo in subordine alla massima: l'evento lesivo si sarebbe verificato o, quantomeno, avrebbe potuto verificarsi»[38] – costituisce un insidioso processo di obiettivizzazione del concetto di dolo. Del resto, dovrebbe apparire evidente che l'obiettivo di distinguere dolo eventuale e colpa cosciente unicamente sulla base di un tipo ideale così generico – il quale opera secondo assennati criteri di comportamento e di scelta – non può condurre ad inquadrare il rapporto tra «rischi dolosi» e «rischi colposi» nell'ambito dello schema

---

[31] DONINI, *op. e loc. cit.*; in termini analoghi, da ultimo, RAFFAELE, *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso Thyssen*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1110; cfr. altresì PERINI, *Il concetto*, cit., 148, laddove ritiene che la mia ricostruzione strutturale del dolo eventuale non trascuri la fase dell'accertamento processuale «tracciando anzi un collegamento stretto tra l'istituto di diritto sostanziale e la sua prova, anche per reazione agli orientamenti della prassi propensi all'adozione di schemi presuntivi».

[32] V. DE VERO, *Dolo eventuale*, cit., 897.

[33] CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 117 ss.

[34] DE VERO, *op. cit.*, 904 ss.

[35] DONINI, *op. cit.*, 2558 ss.; 2573 ss. e *ivi* ulteriori richiami a precedenti opere dell'Autore (nt. 46, p. 2574).

[36] V. PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992, 73 ss.

[37] Sia consentito il rinvio ancora a CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 117-122.

[38] PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW*, Bd. 103, 13.

da *aliud* ad *aliud*»[39].

«Di segno opposto» le riserve espresse da De Vero, il quale rimprovera in sostanza alla mia teoria «mista» di non aderire alle moderne impostazioni normativo-obiettivistiche e dunque di non rinunciare alle insidie di un'indagine a livello soggettivo[40]. In questa sede mi limito a ribadire le critiche a suo tempo avanzate nei confronti del *neuer Kurs* della letteratura d'Oltralpe[41], laddove finisce per affermare la sussistenza di una responsabilità dolosa indiretta a prescindere da una verifica relativa alla deliberata accettazione dell'evento da parte del soggetto agente.

Appare invece prezioso il richiamo dell'illustre Autore ad approfondire il contenuto degli «indicatori» in grado di escludere la «decisione contraria al bene giuridico anche in caso di innesco di un pericolo doloso». A tal proposito, è opportuno precisare che la sfera di operatività di alcuni «(contro-)indicatori» – come il comportamento volto ad evitare il risultato lesivo – tenderà a restringersi in un contesto intrinsecamente illecito o addirittura criminoso[42].

Infine, non coglie assolutamente nel segno un ulteriore rilievo formulato da De Vero nei confronti della mia posizione: quello di chiamare in causa l'esigenza di tipicità della condotta pericolosa solo in riferimento alla figura del dolo eventuale. In adesione allo schema della costruzione separata delle tipologie delittuose la mia «rifondazione» delle ipotesi di confine tra dolo e colpa viene effettuata soltanto in seguito ad una precisa identificazione delle «entità di rischio» che caratterizzano il comune denominatore normativo di tutte le forme del dolo (intenzionale, diretto, eventuale) e la struttura «oggettiva» del reato colposo[43]. Questa operazione preliminare consente

---

[39] Dello stesso avviso, seppure muovendo da diversi presupposti, EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 68.

[40] Cfr. DE VERO, *Dolo eventuale*, cit., 899.

[41] Le riserve avanzate nei confronti della posizione di JAKOBS (*Strafrecht. AT. Die Grundlagen und die Zurechnung*, 2ª ed., Berlin, New York, 1991, 8/21 ss.; 269 ss.) in CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 57-59; dell'opera di FRISCH (*Vorsatz und Risiko*, cit.) in ID., 59-62; del criterio del pericolo non schermato di HERZBERG (*Die Abgrenzung von Vorsat und bewusster Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatblestandes*, in *JuSch*, 1986, 249 ss.; ID., *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewussten fahrlässigen Verhalten*, in *JZ*, 1988, Teil I, 573 ss.; Teil 2, 635 ss.) in ID., 62 ss. Per i rilievi critici alla prospettiva normativa della Puppe, v. appena sopra nt. (37).

[42] Così DE VERO, *Dolo eventuale*, cit., 898 s., nt. 52. Sulla distinzione tra dolo e colpa in un ambito *ab origine* penalmente illecito si rinvia comunque a CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 122-143, con la descrizione dei tre gradini del *dolus eventualis* nel territorio criminoso (anche ID., *La definizione*, cit., 925 ss.).

[43] V., diffusamente, CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 90 ss.; riepilogo da p. 173 ss.: «... In effetti, in tutte le forme del dolo la base del giudizio sulla pericolosità della condotta non è modellata sulle circostanze di fatto riconoscibili in virtù di «competenze» o di «modelli di sapere» elaborati con il riferimento allo scibile delle «tipologie sociali» di volta in volta in considerazione. Nella struttura dell'illecito doloso la base della prognosi non può che "ricalcare", invece, quella utilizzata nel giudizio di idoneità degli atti concernente il tentativo o in alcune versioni della formula dell'adeguatezza: anche in tali contesti si propone, per determinare la pericolosità della condotta, una base (*ex ante*) "parziale" della prognosi, ma il metro del giudizio è più "esteso" – meglio: più esigente – di quello applicabile nell'ambito del delitto colposo.» (p. 177). «Pertanto, non può esservi identificazione tra la forma di rischio insita nella condotta colposa e il pericolo connotato del dolo, poiché in quest'ultima tipologia delittuosa possono acquistare significato circostanze che esulano dal quadro ambientale utilizzabile per il giudizio sulla colpa. Mentre nel profilo oggettivo del reato colposo il (comportamento del) singolo viene valutato assumendo come parametro (la

poi di procedere all'individuazione della situazione tipica di rischio doloso «indiretto» che distingue il *dolus eventualis* dalle altre varianti del dolo.

5. La differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito». Le ipotesi più controverse: a) circolazione stradale.

In primo luogo, è opportuno fare riferimento – sia pure in maniera sintetica – al settore della circolazione stradale[44]. Di regola, le molteplici conformazioni del pericolo (di realizzazione del danno) potranno essere giudicate – considerando la natura e la finalità della condotta svolta dal soggetto agente, nonché le circostanze a lui note e le capacità in suo possesso – «riconoscibili» secondo il criterio dell'osservatore esterno nelle vesti dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* dell'agente: si pensi, ad es., alla maggior parte delle ipotesi di inosservanza dell'obbligo di arresto di fronte al semaforo rosso, oppure di violazione del dovere di accertarsi che la visibilità sia tale da consentire la manovra di sorpasso senza pericolo o intralcio, ecc.

Tuttavia, in alcuni casi il «bilanciamento» tra il grado di probabilità del verificarsi della lesione e l'interesse causa della condotta – effettuato sempre sulla base delle caratteristiche individuali dell'agente reale – condurrà a ritenere «doloso» il tipo di rischio che il reo decide di assumere nella situazione concreta. In primo luogo,

---

condotta che avrebbe tenuto) l'agente-modello, nella determinazione della struttura dell'illecito doloso l'osservatore ideale deve non solo calarsi nella situazione esterna temporale e spaziale di chi agisce, ma altresì "acquisire" pienamente le sue concrete cognizioni ontologiche e nomologiche. Così, ad es., la condotta del giovane primario di ortopedia, il quale gioca a calcio nei giorni festivi insieme agli amici e provoca senza intenzione la frattura della gamba di un avversario con un'entrata poco ortodossa, verrà giudicata (esclusivamente) secondo il criterio del tipo normativo ricavabile dai "calciatori della domenica", con la conseguenza che difficilmente si integrerà il versante oggettivo della colpa. Viceversa, nel valutare l'agire doloso dell'ortopedico, il quale cagiona volontariamente tale lesione al giocatore della squadra avversaria suo nemico personale, non si potrà certo prescindere dal suo sapere specialistico, ditalché appare più agevole ipotizzare la sussistenza del superamento doloso del rischio consentito.» (pp. 179-181). Sul requisito del rischio e la fisionomia obiettiva delle forme del dolo – intenzionale, diretto ed eventuale – si vedano anche le pagine successive, IBID., 184 ss.; un efficace riassunto, sul punto, in PERINI, *op. cit.*, 149 s.

[44] Si vedano, oltre agli AA. – e alle prese di posizione giurisprudenziali – citati al paragrafo 2, da nota (16) a nota (24) comprese, PISA, *Incidenti stradali e dolo eventuale: l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, Speciale, 13; RONCO, *Dolo, preterintenzione e colpa: fondamento e struttura,* in *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, (diretto da) ID., 2ª ed., Bologna, 2011, 508 ss.; VIGANÒ, *Fuga "spericolata" in autostrada e incidente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?*, in *Corr. merito*, 2005, 70 ss.; AGNINO, *Colpa cosciente e dolo eventuale in tema di sinistri stradali*, in *Giur. merito*, 2010, 3, 766 ss.; ID., *La sottile linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Giur. merito*, 2009, 1489 ss.; IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 493 ss; RUGGIERO, *Considerazioni su dolo eventuale e colpa cosciente in materia di circolazione stradale*, in *Arch. pen.*, 2009, 44 ss.; VALLINI, *Dai «pirati della strada» al bombardamento di Dubrovnik; prassi nazionali e sovranazionali in tema di dolus eventualis*, in *ius17@unibo.it*, I, 2011, 248 ss.; MADEO, *Il dolo nella concezione "caleidoscopica" della giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 835 ss.; CALDARARO, *L'attuale atteggiarsi della categoria del «dolo eventuale» nel contesto della criminalità omicidiaria stradale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, Speciale, 21 ss.; in una prospettiva *de iure condendo*, CURI, *«Finché la barca va ...»*, cit., 8; MARTINI, *Tensioni generalpreventive e struttura del dolo: la volontà come stato potenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, Speciale, 5 ss.

possono venire in considerazione comportamenti pericolosi parzialmente o del tutto avulsi dall'attività esercitata: così, in caso di morte o lesioni, lo spettro applicativo del dolo eventuale tende a dilatarsi in certe ipotesi di violazione del divieto di gareggiare in velocità e, soprattutto, di fronte al fenomeno della c.d. «conduzione suicida», espressione che allude a distinte tipologie di condotta, il cui denominatore comune è rappresentato dalla circolazione sulle autostrade o su strade extraurbane nel senso di marcia opposto a quello consentito (i cc.dd. «conduttori *Kamikaze*»)[45].

Inoltre, possono risultare non riconoscibili – da un «assennato» osservatore esterno nelle vesti dell'agente modello del soggetto concreto – anche determinati rischi da considerare «inerenti» a questo genere di attività. Così appare prospettabile di fronte ad un evento lesivo, la configurazione del *dolus eventualis* nelle ipotesi di inversione di marcia e di attraversamento dello spartitraffico nelle autostrade, all'altezza dei varchi, qualora la nebbia riduca la visibilità a pochi metri; nel caso di una manovra di sorpasso effettuata in prossimità di un dosso, nella tarda mattinata di un giorno feriale, da un conducente a conoscenza del fatto che poco distante dalla «cunetta» era situata l'uscita di una scuola, ecc.

Ovviamente, affinché si possa affermare la sussistenza del dolo eventuale – val la pena ricordarlo – non è sufficiente riscontrare l'esistenza di un rischio «doloso», ma occorre analizzare altresì i due «successivi gradini» che conducono sistematicamente all'imputazione dolosa «indiretta»: la rappresentazione (interiore) di siffatto rischio da parte del soggetto agente e la sua «decisione» per la realizzazione di tale pericolo – la sua «accettazione» dell'evento.

Ciò posto, appare evidente che è più agevole ravvisare un ambito applicativo, seppure «marginale», della figura del *dolus eventualis* nella prima classe di attività. Si pensi, ad esempio, alle diverse ipotesi di fuga dalla polizia e successivo incidente stradale con esito letale[46] oppure alla più risalente applicazione giurisprudenziale relativa al caso di una condotta di guida finalizzata a «sfidare» un altro conducente per un precedente sorpasso, dove si sono ravvisati gli estremi del dolo eventuale di lesioni personali (provocate dall'avvenuta collisione)[47]. E ciò a prescindere dal fatto che la condotta «stradale» considerata in sé – indipendentemente cioè dal verificarsi dell'evento – assuma o meno rilevanza penale.

---

[45] V. le mie considerazioni in CANESTRARI, *La definizione*, cit., 928 ss.; sul punto cfr. ora le riflessioni di DE VERO, *Dolo eventuale*, cit., 910 s.

[46] Sul punto si vedano, da ultimo, le opportune considerazioni di MUCCIARELLI, *Dolo e colpa tra prevedibilità e previsione*, in *Leg. pen.*, 2012, n. 2, 543: «Si pensi al caso dei plurimi attraversamenti di semafori con luce rossa nel contesto di una fuga ad alta velocità per sfuggire all'inseguimento delle forze dell'ordine: se, ad esempio, l'agente avesse apprezzabilmente ridotto la velocità in prossimità degli incroci per verificare l'arrivo di veicoli per poi riprendere la fuga a velocità più che sostenuta, con ogni probabilità siffatto atteggiamento potrebbe essere colto come un segno di non accettazione del fatto nel contesto di una situazione dominabile dall'agente. Non altrettanto potrebbe dirsi rispetto al caso nel quale l'agente, per sfuggire a un posto di blocco, ha «puntato» l'autovettura contro i militari che gli avevano intimato l'alt, confidando nella reazione quasi istintiva degli stessi (gettarsi a lato per sfuggire all'investimento) ...».

[47] Cass., sez. V, 12 maggio 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 1121 ss., con commento di GAMBARDELLA, *Sulla differenza tra dolo eventuale e colpa con previsione*, 1122 ss.

6. Segue: b) Il contagio sessuale da virus Hiv.

In relazione al contagio da virus Hiv, è opportuno ricordare le forti riserve critiche – espresse da chi scrive[48] – riguardo al paradigma punitivo accolto dall'orientamento della letteratura e della giurisprudenza di lingua tedesca, laddove ritiene sussistente il *dolus eventualis* di (tentata) lesione personale (pericolosa) nei confronti del c.d. AIDS-*carrier* che ha contatti sessuali occasionali.

Ora, prendendo le mosse dalla nostra ricostruzione della struttura del dolo eventuale, il problema della rilevanza penale della condotta sessuale «pericolosa» dell'AIDS-*carrier* può trovare risposte più soddisfacenti. In breve. Posto che le ipotesi in cui si configura il dolo intenzionale – ad es., Tizio decide di contagiare il *partner* per sadismo, per odio verso l'umanità, ovvero per delirio paranoico, per desiderio di vendetta (c.d. *Desperadomentalität*) – sono estremamente rare, si tratta di stabilire i confini «inferiori» della responsabilità dolosa nei casi più diffusi, dove il portatore del virus non rivela la sua condizione per soddisfare i propri istinti sessuali, per timore di interrompere il legame o per motivi economici (nell'ambito della prostituzione femminile e maschile). Come si è più volte sottolineato, la linea di demarcazione tra l'imputazione dolosa indiretta e quella (coscientemente) colposa deve essere tracciata in seguito ad un'analisi particolareggiata della situazione concreta, tenendo in considerazione tutti i dati rilevanti all'interno dei diversi «piani» che compongono la categoria del dolo eventuale; pertanto, nell'attività sessuale «non protetta» praticata dall'infetto-Hiv, acquistano significato numerosi indicatori: la frequenza, nonché il tipo di rapporto (vaginale, orale o anale, aumentando sensibilmente la pericolosità qualora si verifichino microlesioni), l'eventuale adozione di precauzioni alternative all'utilizzo del *condom* in grado di diminuire il rischio di contagio.

Ciò detto, si può affermare che quando i rapporti sessuali «non protetti» restano isolati o comunque episodici – e non comportano un contatto di sangue – appare corretto orientarsi verso l'esclusione del *dolus eventualis*[49]. Viceversa, qualora il numero dei rapporti non sia esiguo – o la pratica sessuale sia tale da aumentare considerevolmente il livello di pericolosità – e il corriere del virus (consapevole del suo stato) non adotti alcuna misura precauzionale (in assenza di informazione del *partner*), si dovrebbe valutare la sussistenza di una responsabilità dolosa «indiretta», procedendo all'accertamento della rappresentazione da parte del positivo Hiv del contagio come conseguenza della propria condotta e della sua accettazione dell'evento

---

[48] CANESTRARI, *La rilevanza penale del rapporto sessuale non protetto dell'infetto Hiv nell'orientamento del Bundesgerichtshof*, in *Foro it.*, 1991, IV, 149 ss.

[49] Così CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 169, nt. 263; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3ª ed., Milano, 2004, art. 43/30, 444 s.; di diversa opinione, LUZÓN PEÑA, *Problemas de la trasmision y prevención del SIDA en el Derecho penal español*, in *Problemas jurídico penale del SIDA*, a cura di MIR PUIG, Barcelona, 1993, 20, secondo il quale «el sujeto no pueda racionalmente confiar en la no producion del resultado ... praticando el sexo sin preservativos ...». Nello stesso senso del testo, v. ora DE VERO, *Dolo eventuale*, cit., 912.

lesivo[50].

Paradigmatici due casi che si sono presentati alla prassi forense tedesca e a quella italiana.

L'ipotesi verificatasi in Germania coincide con la prima sentenza AIDS del *Bundesgerichtshof*, secondo la quale si integra il *dolus eventualis* di (tentata) lesione personale (pericolosa) in capo ad un omosessuale che, pur essendo a conoscenza del suo stato di sieropositività, ha praticato due rapporti anali solo in parte protetti senza informare il *partner* (entrambe le volte il portatore del virus HIV ha utilizzato il preservativo unicamente nella fase finale del contatto sessuale)[51]. A mio avviso, in base alle riflessioni effettuate, non sembra legittimo configurare una responsabilità dolosa «indiretta». In sintesi: tale (entità di) rischio – di provocare l'infezione per soddisfare il proprio desiderio sessuale – risulta «non consentito», ma la sua assunzione può ancora essere presa in considerazione da un osservatore avveduto nelle vesti dell'*homo eiusdem (professionis et) condicionis* dell'agente concreto (ed in possesso delle cognizioni di quest'ultimo al momento dello svolgimento della condotta); in effetti, la fiducia del soggetto agente in ordine alla mancata verificazione del contagio non può essere considerata «infondata», cioè priva di una minima giustificazione razionale.

Il secondo caso da prendere in considerazione concerne il comportamento del soggetto sieropositivo che, nel quadro di una relazione esclusiva di fidanzamento e in seguito di matrimonio, pratica per un decennio ripetuti e continuativi rapporti sessuali non protetti con il *partner* ignaro, nella piena consapevolezza del proprio stato di salute e delle modalità di trasmissione del virus. La vittima, contagiata dal marito, è deceduta[52].

A fronte di questa condotta sessuale «pericolosa» dell'AIDS-*carrier*, l'orientamento poc'anzi espresso deve essere modificato, nel senso che ritengo corretto concludere per la configurazione del *dolus eventualis* nei riguardi dell'evento contagio[53], ma non in direzione dell'evento letale concretamente verificatosi.

---

[50] V. CANESTRARI, *La definizione*, cit., 933; concorde DE VERO, *Dolo eventuale*, cit., 913. Naturalmente, occorrerà sempre dimostrare l'effettiva trasmissione dell'infezione da parte del soggetto sieropositivo; ed invero, chi scrive condivide l'opinione (oggi dominante) che ritiene non realizzabile nell'ordinamento italiano il tentativo con *dolus eventualis* (v. CANESTRARI, *La definizione*, cit., 945, laddove si concorda con la proposta di PROSDOCIMI – *Dolus eventualis*, cit., 162 – di adottare una formula che sancisca in termini recisi l'esclusione della rilevanza del mero dolo eventuale nell'ambito del delitto tentato. Tra gli Autori che non ritengono sia configurabile un tentativo sorretto dal *dolus eventualis*, cfr. altresì le approfondite riflessioni di G.A. DE FRANCESCO, *Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 969 ss.; 979 ss. e nt. 13; ID., *Dolo eventuale*, cit., 151 s. e nt. 72; ID., *Fatto e colpevolezza nel tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 703).

[51] BGH, 4 novembre 1988 - 1StR 262/88, trad. it. a cura di chi scrive, in *Foro it.*, 1991, cit.

[52] Si tratta del caso Lucini; per una pubblicazione integrale delle sentenze – Trib. Cremona, 14 ottobre 1999; Corte di Assise di Appello di Brescia, 26 settembre 2000; Corte di Cassazione, sez. I, 14 giugno-3 agosto 2001 – v. CADOPPI; CANESTRARI (a cura di), *Casi e materiali di diritto penale*, vol. I, Parte generale, Milano, 2002, 109 ss. con commento di SUMMERER (*ivi*, 127 ss.).

[53] In questa direzione, ad es., Trib. Milano, 20 gennaio 2006, in *Foro Ambrosiano*, 2006, 1, 11 ss.; Trib. Savona, 6 dicembre 2007 (inedita). Sui diversi orientamenti giurisprudenziali cfr. ora RISICATO, *La colpa*, in PALAZZO, PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, cit., Torino, 2010, 218 s.

Ed invero, il rischio di provocare l'infezione deve essere classificato come «doloso», dato che non avrebbe mai potuto essere «riconosciuto come proprio» da un osservatore esterno nelle vesti dell'*homo eiusdem (professionis et) condicionis* dell'agente reale (e «al corrente» delle conoscenze da lui possedute). Posto che l'assunzione di siffatta «entità di rischio» non può essere presa seriamente in considerazione nell'ambito della tipologia sociale di riferimento, la supposta «fiducia» – *rectius*: la speranza – del marito sieropositivo nella non verificazione del contagio deve essere etichettata come «priva di fondamento razionale». Del resto, l'assenza di qualsiasi comportamento volto a ridurre il rischio di infezione conferma l'esistenza di una piena accettazione, da parte del coniuge portatore del virus HIV, dell'evento-contagio.

Come si è detto, non appare invece corretto ravvisare la forma eventuale del dolo in vista dell'esito letale con la conseguenza di ritenere applicabile la responsabilità preterintenzionale o quella aberrante[54]. Le difficoltà di accertare una effettiva rappresentazione e accettazione dell'evento morte risultano evidenti. Basti pensare, del resto, all'indefinito lasso di tempo che intercorre tra contrazione del contagio, manifestazione della malattia (c.d. AIDS-conclamata) ed esito infausto, nonché alle terapie antivirali, che consentono di procrastinare e in taluni casi addirittura impedire la morte del soggetto sieropositivo.

7. Segue: c) Attività economiche e professionali. L'esempio dei reati di bancarotta.

L'espansione del dolo eventuale nei contesti a rischio di base «consentito», dunque tradizionalmente riservati ad un rimprovero colposo, ha caratterizzato le prese di posizione giurisprudenziali relative alle drammatiche vicende ThyssenKrupp ed Eternit. Tali decisioni sono di poco precedenti o successive alla mia relazione al convegno ravennate: in questa sede mi limito dunque a richiamare i principali riferimenti ai casi appena citati[55] e ad una recente ipotesi di responsabilità dolosa

---

[54] V. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 171, nt. 267; ID., *La responsabilità penale del soggetto sieropositivo*, in CADOPPI, CANESTRARI, VENEZIANI (a cura di), *Pareri e atti di diritto penale*, Piacenza, 2008, 95.
Sul ruolo che può assumere l'omicidio preterintenzionale, di «una fattispecie che "fa da ponte" rispetto al dolo, sottraendo a quest'ultimo molte ipotesi che potrebbero apparire dubbie rispetto alla forma indiretta del dolo eventuale, e che rimangono pragmaticamente "attratte" nella preterintenzione» v., con chiarezza, DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 2579. Cfr. anche *supra*, nt. 4.

[55] In relazione all'incendio verificatosi nell'acciaieria ThyssenKrupp di Torino, con conseguenze mortali per sette dipendenti e lesive per uno, la Corte d'Assise di Torino ha condannato per omicidio volontario l'amministratore delegato della società (infliggendogli una pena complessiva – condizionata anche da altre imputazioni aggiuntive – di 16 anni e 6 mesi), qualificando come colposa invece la responsabilità degli altri dirigenti nei riguardi degli eventi ferimento e morte dei dipendenti.
Il nucleo della decisione è ben riassunto nella seguente massima: «Risponde di omicidio, commesso con dolo eventuale, l'amministratore delegato (nella specie della ThyssenKrupp) che accetti volontariamente il rischio della verificazione di eventi lesivi ai danni di operai come conseguenza della decisione di posticipare investimenti di risorse finalizzate al potenziamento della prevenzione anti-incendio in uno stabilimento in via di chiusura, ma tenuto ancora in attività nonostante lo stato di crescente abbandono e insicurezza, e cioè quale prezzo della preferenza accordata al soddisfacimento dell'interesse patrimoniale

indiretta di un agente di polizia per la morte di un giovane tifoso[56].

---

rispetto alla salvaguardia della vita e dell'integrità dei lavoratori»: così, Ass. Torino, 15 aprile 2011, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012, 142 e 152, con note di DEMURO, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, 142 ss.; FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit., 152 ss.; ZIRULIA, *ThyssenKrupp, fu omicidio volontario: le motivazioni della Corte d'Assise*, in *questa Rivista*, 18 novembre 2011. A monte, sull'opzione qualificatoria dell'accusa, MONTUSCHI, SGUBBI, *Ai confini tra dolo e colpa. Il caso ThyssenKrupp*, in *ius17@unibo.it*, 2009, 2, 183 s.; BELFIORE, *La responsabilità del datore di lavoro e dell'impresa per infortuni sul lavoro: i profili di colpevolezza*, in *Arch. pen.*, 2011, 5 ss. Da ultimi, cfr. RAFFAELE, *La seconda vita*, cit., 1077 ss.; PASCULLI, *Responsabilità, giustizia e diritto vivente*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 3, 1 ss.; le osservazioni di BARTOLI (*La sentenza sul rogo della ThyssenKrupp: tra prassi consolidata e profili di innovazione*), MUCCIARELLI (*Dolo*, cit.), PETRINI, (*Consapevolezza del pericolo e accettazione del rischio: anche il datore di lavoro può rispondere di omicidio a titolo di dolo eventuale per la morte dei suoi lavoratori*), G.A. DE FRANCESCO, (*L'imputazione soggettiva nel campo della sicurezza sul lavoro: tra personalismo e rafforzamento della tutela*) nella *Tavola rotonda* pubblicata su *Leg. pen.*, n. 2, 2012, 529 ss.

Il caso si segnala, oltre che per rappresentare la prima applicazione del dolo eventuale in un contesto di infortuni sul lavoro, per l'adesione esplicita alle argomentazioni ricostruttive del confine tra dolo e colpa formulata da Cass., 1 febbraio 2011, cit. – sentenza di annullamento con rinvio della Cassazione sulla fattispecie di incidente mortale cagionata dal conducente di un furgone rubato –, anche nei riguardi dell'impiego della (prima) formula di Frank ai fini dell'accertamento. I successivi passaggi processuali rappresenteranno un banco di prova per il *dolus eventualis* in questo settore della vita sociale.

Sul caso Eternit, v. Trib. Torino, sez. I, 13 febbraio 2012 in *Studium Iuris*, 10, 2012, 1179 ss. (con commento di PALMA).

[56] La convinzione che la formula dell'accettazione del rischio sia particolarmente flessibile ha trovato un'evidente conferma nell'ambito di una recente vicenda giudiziaria in cui si poneva la questione se inquadrare il fatto come ipotesi di dolo eventuale o di colpa cosciente; vicenda nella quale, analogamente a quanto avvenuto nei casi di incidente stradale considerati (*supra*, par. 2), l'adesione nominale a tale formula ha condotto ad un'alternanza di segno delle sentenze, incrementando il senso di crisi verso la prevedibilità delle decisioni giudiziarie (su questa tematica, preziosa la lettura di CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Torino, 2007).

Ci si riferisce al caso della morte di un giovane tifoso di calcio, raggiunto all'interno di un'auto da un proiettile sparato da diversi metri di distanza da un agente di Polizia impegnato nel tentativo di fronteggiare uno scontro accesosi tra tifoserie opposte, al quale la vittima aveva preso parte.

In primo grado, l'accusa per omicidio doloso non ha trovato il consenso dei giudici (che hanno ritenuto giusta la pena di 6 anni di reclusione), ma in appello il giudizio è stato rovesciato, qualificandosi come volontario l'omicidio del giovane tifoso (con l'applicazione della pena di 9 anni e 4 mesi di reclusione) con una pronuncia confermata anche dalla Cassazione. In questo caso, il ricorso al criterio dell'accettazione del rischio viene dai giudici di legittimità completato con la precisazione che si ha dolo eventuale ogni volta che c'è rappresentazione della concreta possibilità della realizzazione del fatto, deducendosi automaticamente da ciò l'accettazione del rischio in caso di non astensione. Così, Cass., 14 febbraio 2012, n. 31449, testualmente: «Ciò che è necessario e sufficiente per ritenere la sussistenza del dolo eventuale è la rappresentazione positiva del prodursi di un fatto di reato lesivo di un interesse tutelato dal diritto, ed esiste un solo criterio certo per stabilire quale è stato l'atteggiamento del soggetto nei confronti dell'evento rappresentato. Questo criterio consiste nel comportamento tenuto: se l'agente 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, qualora non avesse acconsentito all'evento, non avrebbe agito. Ne discende che lo stadio di dubbio sulla possibilità che la condotta posta in essere esiti in un fatto di reato non esclude il dolo, poiché comunque suppone la rappresentazione dell'evento e l'accettazione del relativo rischio». In dottrina, prospetta questa ricostruzione del dolo eventuale, PADOVANI, *Diritto penale*, 5ª ed., Milano, 2012, 207, secondo il quale agire nonostante la previsione concreta dell'evento «implica la sua accettazione».

È opportuno ora prendere in considerazione una delle tematiche più discusse relativamente alla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nel diritto penale dell'economia. Si fa riferimento alla problematica dell'imputazione soggettiva nei reati fallimentari, in particolare alla differenziazione tra spese eccessive – bancarotta semplice patrimoniale (art. 217, co. 1°, n. 1 l.f.) – e dissipazione – bancarotta fraudolenta patrimoniale (art. 216, co. 1°, l.f.).

Posta l'intrinseca liceità del soddisfacimento di esigenze personali o familiari che non varchino la soglia dell'eccessività (rispetto alle condizioni economiche del momento), si tratta di individuare la differenza concettuale tra le spese di per sé «razionali» ancorché intemperanti e lo sperpero «irrazionale» cui si deve attribuire l'elemento negativo della fraudolenza. Occorre, di conseguenza, riconoscere alle spese eccessive una «congruità qualitativa»[57], che non conserva invece la dissipazione vera e propria, volta al soddisfacimento di bisogni artificiosi od abnormi[58].

Naturalmente, tale opera di distinzione richiede il filtro di un criterio che riesca a dare conto dei tratti peculiari della dissipazione: vale a dire, l'assenza di una giustificazione economicamente razionale[59], prendendo in considerazione la cerchia sociale di appartenenza e lo specifico settore in cui si esercita concretamente l'attività d'impresa. Proprio la mia «rilettura» della formula dell'accettazione dell'offesa – e di quella, ad essa antitetica, del «convincimento (dotato di un minimo fondamento) razionale»[60] che l'esito lesivo non si verificherà – consente di effettuare in modo plausibile una simile valutazione.

Innanzitutto, il modello «misto» di accertamento elaborato da chi scrive impone di stabilire la «natura» del rischio (della irrealizzabilità delle ragioni creditorie) assunto con gli esborsi. Orbene, qualora un osservatore esterno radicato nella collocazione sociale del soggetto concreto – ed in possesso delle sue particolari conoscenze e speciali

---

Come appare evidente, questa ricostruzione dell'accettazione del rischio finisce per svuotare di contenuto il momento volitivo del dolo eventuale e comporta una inevitabile compressione dello spazio applicativo della colpa cosciente.

[57] L'espressione è di PEDRAZZI, in PEDRAZZI, SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Commentario Scialoja-Branca - Legge fallimentare*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1995, 152.

[58] Cfr. in tal senso, PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, 152. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 200.

[59] In questo senso, v. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 198; ID., *Dissipazione e spese eccessive* (1958), in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, II, Padova, 1969, 1251; GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1999, 324; PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, 62.

[60] Con una precisazione: le peculiarità del rischio di insolvenza – la sua «intensità» e la sua «immanenza» – assai di frequente «danno ragione», nell'attività di gestione dell'impresa, di una fiducia anche «temeraria» («giustificata» con il filtro di un'indagine che attinge anche alla sfera delle motivazioni), ancorché non del tutto irrazionale.

Nella stessa direzione della mia teoria, interessanti spunti in CATENACCI, *Imputazione soggettiva e reati fallimentari: prospettive di riforma in tema di dolo eventuale*, in PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, 83, laddove parla di «irragionevole sottovalutazione del rischio di dissesto» come elemento essenziale del giudizio di accettazione dell'evento, caratteristico del dolo eventuale nei reati di bancarotta.

capacità – non avrebbe neanche preso in considerazione di assumere un simile rischio di depauperamento dell'attivo, dovrà venire in rilievo l'ipotesi della dissipazione. In altri termini, se l'organo giudicante può prendere in considerazione l'entità, le modalità dello sperpero unicamente «al di fuori della veste» dell'imprenditore modello, gli esborsi non saranno più riconducibili al *genus* delle spese personali e familiari (o aziendali), bensì addebitabili a quelle «spinte irrazionali» che motivano la diversa «qualità» concettuale della dissipazione[61].

Sia chiaro, poi, che l'imputazione soggettiva della fattispecie esige non soltanto la consapevolezza da parte del reo in ordine all'«esuberanza» della condotta dissipatoria, ma anche l'accettazione dell'offesa, cioè la diminuzione della garanzia al di sotto del livello sufficiente ad assicurare l'integrale soddisfacimento dei creditori[62].

8. Segue: d) Condotte cc.dd. «ludico-criminali».

Si prenda in considerazione, infine, l'ipotesi di chi pratica attività che possiamo definire «ludico-criminali». Si pensi alla c.d. «sfida alla roulette russa»[63], all'enigmatica e tragica vicenda di Marta Russo[64] e, soprattutto, al lancio di pietre su veicoli in corsa.

A quest'ultimo proposito, sarebbe necessario effettuare alcune distinzioni poiché i casi che si possono manifestare sono molteplici: il soggetto lancia i sassi dal cavalcavia con l'esclusiva finalità di intralciare o interrompere la circolazione stradale; per esibire all'interno del gruppo di amici la propria abilità nello «schivare» gli automezzi; con il macabro obiettivo di colpire le autovetture in movimento[65].

Per evidenti motivi di tempo, mi limito ad analizzare l'ultima ipotesi, che è stata purtroppo di frequente verificazione nel nostro Paese. Posto che il «lanciatore» colpisca

---

[61] Sulla base di queste osservazioni si può concordare con l'inquadramento del fenomeno del gioco d'azzardo proposto da autorevole dottrina (PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, 62; 155; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 198 ss.): se viene praticato come «costume» e assume le proporzioni dello sperpero rientra nella dissipazione; viceversa, quale forma di ragionevole svago, può essere assimilato alla tipologia delle spese personali di cui al n. 1 dell'art. 217 l.f. Sul tema, di recente, per un'analisi delle diverse posizioni in dottrina e in giurisprudenza, anche in relazione alle altre condotte tipiche della bancarotta fraudolenta patrimoniale, cfr. COCCO, *Reati commessi dal fallito*, in PALAZZO, PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2ª ed., Padova, 2007, 1172 ss., spec. 1179 s.

[62] La «compromissione» – effettiva o potenziale – degli interessi dei creditori rappresenta l'evento di «riferimento» nella prospettiva dell'art. 43 c.p. e non può essere concepita quindi come condizione di punibilità: giustamente, per tutti, PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, 75, *passim*; sia consentito il rinvio anche a CANESTRARI, *«Rischio d'impresa» e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 545 ss. anche per riferimenti ad ulteriori punti di vista.

[63] Il caso tratto da WILLIAMS (*The Mental Element in Crime*, Jerusalem, 1965, 94) è opportunamente riproposto da VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 144 s.: ciascuno dei contendenti a turno fa velocemente ruotare il tamburo di un revolver, contenente un solo colpo, lo blocca e punta l'arma alla testa dell'altro, premendo poi il grilletto e finendo per determinare la morte di uno dei due «giocatori».

[64] In argomento, v. ora RISICATO, *La colpa*, in PALAZZO, PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, I, cit., 218 s. e *ivi* ulteriori riferimenti.

[65] Dal punto di vista psicologico, cfr. le osservazioni di PIETROPOLLI CHARMET, *Il «gruppo» di adolescenti che lancia pietre*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 907 ss.

il bersaglio e produca il ferimento o la morte del soggetto – val la pena ribadire la mia presa di posizione in ordine alla incompatibilità tra dolo eventuale e delitto tentato –, si deve dare conto dell'elemento psicologico che sorregge la concreta condotta criminosa.

A mio avviso, di regola non saranno riscontrabili gli estremi del dolo diretto. Ed invero, difficilmente si potrà affermare che il reo avesse previsto come sicuro, o perlomeno come altamente probabile, di colpire – con un masso lasciato cadere dal cavalcavia – un veicolo in corsa su un'autostrada in modo tale da provocare eventi lesivi nei confronti degli occupanti. Viceversa, riteniamo che nella maggioranza dei casi in cui il lancio delle pietre cagioni conseguenze offensive nei confronti degli occupanti delle autovetture si integri la figura del *dolus eventualis*. In breve, muovendo sempre dalla mia ricostruzione che affida la verifica dell'imputazione dolosa «indiretta» ad un criterio «misto».

Innanzitutto, l'atteggiamento psichico del soggetto agente deve radicarsi in una condotta dolosa caratterizzata da una dimensione di rischio che «oltrepassa» il pericolo colposo. Orbene, l'assunzione del rischio connesso al lancio di pietre su veicoli percorrenti un'autostrada trafficata – diversamente, ad esempio, dal pericolo (comunque non trascurabile) collegato ad un'accanita «guerra di gavettoni» in una spiaggia affollata – non sembra possa essere preso (seriamente) in considerazione neppure da un giovane «scriteriato» (che si suppone capace d'intendere e di volere).
Per ciò che riguarda, poi, l'accertamento della sfera cognitiva e di quella volitiva del «lanciatore» (imputabile), la valutazione appare più complessa qualora si realizzi il decesso della vittima. In effetti, in talune situazioni si può ipotizzare la presenza di atteggiamenti psichici di rimozione o di sottovalutazione del rischio di morte: ciò dovrebbe condurre a negare l'esistenza di una effettiva rappresentazione e di una piena accettazione dell'esito letale, con la conseguenza di ritenere applicabile la responsabilità aberrante o quella preterintenzionale[66].

[66] Per una riflessione sulle fattispecie «di base» che possono essere riferite al fenomeno qui in considerazione, cfr. MORGANTE, *In tema di attentato alla sicurezza dei trasporti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 570 ss. Si veda anche quanto detto al par. 6, nota (54).