

# IL DOLO NEL DIRITTO PENALE

di LUCIANO EUSEBI

(Straordinario di Diritto penale nella Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Piacenza)

## 1. VOLIZIONE E TEORIA DEL REATO

Il rilievo attribuibile al dolo nella teoria del reato ha come presupposto la peculiarità tipica delle condotte umane coscienti e volontarie che si sostanzia nel loro essere psicologicamente cagionate – salvo quanto si dirà sull'omissione – dalla prospettiva di realizzare un certo risultato, cioè nel loro orientarsi in senso finalistico. Una condotta, infatti, può dirsi *dolosa* agli effetti penali quando si realizza il caso per così dire *ordinario* in cui la medesima abbia dato luogo proprio alla conseguenza in vista della quale sia stata posta in essere, sempre che tale conseguenza, ovviamente, risulti significativa nell'ambito di una norma incriminatrice.

La categoria del dolo, in conformità alla definizione che in Italia viene proposta dal legislatore, riflette dunque un *status* psicologico ben preciso, il quale *deve* continuare a rappresentarne il fondamento; ciò in quanto solo un sistema penale coerente rispetto agli apporti delle scienze di base può far sì che gli istituti dogmatici conservino autonomia, in un'ottica garantista, nei confronti di (supposte) esigenze politico criminali tendenti a suffragare ricostruzioni *meramente normative* degli stessi e, in tal senso, può porsi al servizio – prese le distanze da qualsiasi *finzione* nell'approccio con la realtà – di una *buona* politica criminale.

Fattore identificativo della responsabilità dolosa è, quindi, *il volere* che abbia avuto per oggetto, proiettandosi al di là della condotta, l'accadimento anti-giuridico da quest'ultima cagionato: un fattore che si differenzia in modo netto dal carattere comune a tutte le altre manifestazioni della responsabilità penale colpevole, nelle quali l'agire (pur sempre) orientato a uno scopo è punito perché il perseguimento di quest'ultimo avviene secondo modalità implicanti un rischio non tollerabile di offesa – *non voluta* – a un determinato bene, sempre che tale offesa effettivamente si realizzi (nel primo caso si rimprovera di aver perseguito un certo obiettivo, negli altri di aver indebitamente attivato, o tollerato, un rischio).

Tutto questo spiega come il dolo, cioè il perseguire un obiettivo che non doveva essere perseguito (o non doveva esserlo attraverso una determinata condotta), costituisca aspetto nel contempo essenziale – al pari dell'agire illecitamente in modo rischioso per un fine estraneo alla norma incriminatrice (situazione che contraddistingue la colpa) – sia del fatto tipico che della colpevolezza.

Del fatto tipico, in quanto la capacità di incidere sul mondo esterno propria dell'individuo quale essere umano, e non quale corpo fisico assimilabile ad altri possibili elementi causali naturalistici, si fonda sull'attivazione di condotte che nascono, secondo le due varianti fondamentali appena richiamate, con una ben precisa componente psicologica, *inscindibile* dal profilo oggettivo avente per contenuto il movimento corporeo (l'aver invece disgiunto per secoli simili aspetti ha non poco contribuito, fra l'altro, alle fortune della responsabilità oggettiva).

Della colpevolezza, perché senza dolo, come senza colpa, non è possibile muovere alcun rimprovero circa l'esito causale di una data condotta, anche se il dolo, essendo un requisito psichico e non un *giudizio*, *quasi nulla* ci dice sull'entità del rimprovero ascrivibile (rispetto al *medesimo* fatto realizzato col *medesimo* dolo, la colpevolezza può essere assai diversa o, addirittura, venire esclusa).

Ciò offre inoltre lo spunto per ricordare che l'accertamento del dolo (o della colpa), *antecede* l'accertamento dell'imputabilità, con il corollario per cui il difetto di quest'ultima non può essere inteso come assenza radicale di un'adeguata rappresentazione dei dati sensibili rilevanti o di un orientamento secondo volontà degli atti compiuti, posto che in tali casi mancherebbe lo stesso fatto tipico: piuttosto, la non imputabilità va ravvisata quando sussista uno strutturarsi *anomalo* del

processo motivazionale che ha condotto al momento della decisione significativa ai fini del dolo o della colpa, cioè al momento in cui risulti essersi determinata la volontà di conseguire un certo risultato (l'*intendere* e il *volere* riferiti agli elementi costitutivi della fattispecie concreta possono essere compatibili con molte situazioni di *non normalità* psichica condizionante il formarsi stesso della volizione, circostanza la quale fa sì che una lettura formalistica dell'art. 85 c.p. finisca per rendere del tutto discrezionale, e sensibile a istanze politico-criminali, il giudizio sull'imputabilità).

## 2. QUALE CONDOTTA? (DOLO E RISCHIO)

Prima di meglio definire, anche ai fini probatori, che cosa significhi *volere* un evento attraverso una determinata condotta, va precisato *quale condotta* e *quale evento* abbiano rilievo nell'ambito della responsabilità dolosa.

In rapporto al primo profilo, contano dal punto di vista penale (sempre che s'intenda rispettare il principio di colpevolezza) esclusivamente condotte che violino una *regola di diligenza*, fermo che la violazione di una tale regola non si ha solo quando si svolge in modo antidoveroso un'attività per sé lecita, ma anche quando si tiene una condotta in radice illecita (chi spara per uccidere viola la regola che vieta di rivolgere colpi di arma da fuoco verso il corpo di un uomo): ai fini stessi del nesso causale, del resto, non conta nel sistema codicistico vigente il fatto che un evento penalmente significativo sia stato prodotto da una *qualsiasi* condotta di un certo soggetto, ma solo il fatto che esso derivi dalla trasgressione, per l'appunto, di una regola di diligenza (non conta che Tizio abbia travolto Caio guidando un autoveicolo, ma che ciò sia accaduto perché Tizio, poniamo, ha trasgredito il limite di velocità; non conta che Caio sia rimasto vittima di un incendio occorso in ospedale perché vi si trovava a seguito dell'incidente stradale provocato da Tizio, posto che l'illecito di Tizio non costituisce violazione di alcuna norma intesa a prevenire incendi ospedalieri).

È trasgredita una regola di diligenza quando viene attivato (o lasciato operare) *illecitamente* un certo *rischio*, cioè quando *a*) risulta *prevedibile* il verificarsi di un esito penalmente significativo della condotta, determinandosi in tal modo il rischio, e *b*) correre tale rischio non è tollerato – né, tantomeno, ritenuto doveroso (profilo per lo più preso in esame facendo ricorso al parametro dell'*evitabilità*) – da parte dell'ordinamento giuridico.

Il secondo dei suddetti requisiti esprime il carattere *antigiuridico* della condotta: più facilmente definibile nei suoi confini quando siano in gioco regole di diligenza specifiche (*scritte*) o quando, comunque, siano applicabili cause di giustificazione; assai delicato da ricostruire, invece, negli altri casi, in cui si tratta di dare contenuto a regole di diligenza generiche (*non scritte*).

Il dolo, dunque, richiede che sia violata una regola di diligenza, vale a dire il sussistere di un *rischio antigiuridico*, in assenza del quale la mera intenzione soggettiva non ha rilievo: il nipote del noto esempio che consiglia lo zio benestante di recarsi a Parigi in aereo perché spera in un disastro aviatorio onde conseguire l'eredità non risponde di omicidio nel caso in cui l'evento davvero si verifichi, dato che il suo consiglio ha avuto per oggetto, pur sempre, un rischio consentito.

Il rischio che rileva ai fini del dolo, inoltre, *non può essere difforme* da quello che potrebbe contemporaneamente rilevare ai fini della responsabilità colposa (in questo senso, *non c'è dolo senza colpa*). Gli esempi addotti per sostenere il contrario – del tipo: se Tizio non era tenuto a controllare un fattore di possibile rischio non risponde per colpa ove quel rischio in effetti sussista e si rifletta in una lesione, ma risponderebbe per dolo nel caso in cui, essendo comunque a conoscenza del medesimo, lo sfruttasse allo scopo di ottenere l'evento illecito – non considerano che i rischi confrontabili sono quelli riferiti a medesimi contesti situazionali, incluso l'elemento rappresentativo: per cui non può paragonarsi il rischio corso in modo *non consapevole* (che in un dato contesto risulti irrilevante ai fini stessi della colpa cosciente e che, per sua natura, mai potrebbe avere rilievo ai fini del dolo) col rischio corso in modo *consapevole* (il quale se ritenuto significativo lo dovrebbe essere sia ai fini del dolo che ai fini della colpa cosciente).

Non sussistono, pertanto, rischi in sé rilevanti solo ai fini del dolo, né livelli di rischio non ancora rilevanti per la colpa, ma già rilevanti per il dolo.

Semmai può porsi il problema opposto: se il dolo sia compatibile, presente il fattore intenzionale, anche con una probabilità *lieve* di produzione dell'evento, seppur implicante un rischio non consentito (con una probabilità, in altre parole, *assai inferiore* rispetto a quella ordinariamente in gioco quando una condotta sia prescelta proprio *per* cagionare un dato evento). La risposta negativa appare razionale, e in linea con la tendenza intesa a esigere substrati materiali coerenti con i fattori psicologici che abbiano rilievo nell'ambito della fattispecie tipica: ma dovrebbe assolutamente evitarsi, su tale via, che in presenza di determinate caratteristiche del rischio il dolo, *a contrariis*, venga di fatto presunto (cfr. anche *infra*, 4-5).

Posto infine che rientra nell'oggetto del dolo la violazione di una *ben precisa* regola di diligenza, violazione idonea a produrre l'evento secondo *specifiche* modalità causali, si manifesta incompatibile con l'imputazione per dolo nell'ambito della sistematica vigente di parte generale il caso in cui l'evento si sia prodotto per cause diverse da quelle, coerenti con la violazione medesima, che siano risultate oggetto di rappresentazione (c.d. *aberratio causae*).

### 3. QUALE EVENTO? (DOLO E OFFESA)

Per quanto concerne l'evento, già s'è visto essere costitutivo del dolo il fatto che la condotta sia finalizzata a un esito da essa distinguibile cui venga attribuito rilievo nell'ambito della fattispecie incriminatrice.

Ciò impone tuttavia di domandarsi in che modo possano risultare dolosi i delitti di *pura condotta*, posto che in essi appare indifferente qualsivoglia risultato dell'agire o dell'omettere: circostanza la quale sembrerebbe rendere a priori privo di senso verificare se simili atteggiamenti abbiano perseguito, come richiede il dolo, la realizzazione di un evento significativo dal punto di vista penale coincidente con quello in concreto derivatone.

D'altra parte, considerare dolosa una *pura condotta* – come ampiamente è accaduto – solo perché tenuta in modo *cosciente e volontario* (ex art. 42 c.p.), cioè senza alcuna considerazione dei suoi obiettivi, costituisce un vero e proprio *non senso*: i parametri menzionati, infatti, non ci dicono *proprio nulla* circa la sua natura dolosa o colposa – la condotta potrebbe risultare finalizzata, dal punto di vista soggettivo, verso ciò che l'ordinamento intendeva evitare, ma anche dipendere da mera negligenza – e, anzi, restano in sé compatibili perfino con l'agire incolpevole.

Ora, se la norma penale attribuisce rilievo non già a un evento naturalistico prodotto dall'uomo, bensì al fatto che una specifica condotta sia stata posta in essere, ciò sottintende l'aver individuato come oggetto dell'intervento sanzionatorio, piuttosto che una qualsivoglia conseguenza del comportamento umano, lo stesso aver agito (o il non aver agito) in un certo modo: nel qual caso l'azione o l'omissione risultano punite *in quanto* le si considera di per sé idonee a offendere beni rilevanti, sempre che l'offesa in effetti si realizzi.

Ma allora è ovvio che potrà esservi dolo con riguardo ai reati di *pura condotta* solo allorché un individuo abbia agito *per* realizzare una simile offesa ovvero, più precisamente, per ottenere un risultato il cui perseguimento attraverso la condotta incriminata egli sappia implicare tale offesa (circa i profili peculiari dell'*omissione* cfr. *infra*, 7).

La consapevolezza di arrecare l'offesa cui sia attribuito rilievo dalla norma penale non potrebbe peraltro non riguardare (vi sarebbe altrimenti un'inspiegabile disomogeneità nella disciplina) gli stessi reati dolosi *di evento*: in essi il dolo esigerà, dunque, che si persegua un risultato – questa volta predefinito dalla norma – implicante l'offesa significativa ai fini penali e che simile offesa, in effetti verificatasi, sia stata percepita dal soggetto agente come connessa al raggiungimento del suo obiettivo.

In breve, l'evento va inteso negli illeciti dolosi come il risultato che costituisce oggetto della prospettiva psicologica causale rispetto all'adozione della condotta e il cui conseguimento (nei reati

di evento) o il cui stesso perseguimento (nei reati di pura condotta) attraverso di essa implica l'offesa rilevante ai sensi della norma incriminatrice, offesa della quale il soggetto agente deve avere consapevolezza.

Talora (nei reati di evento) è ritenuto significativo solo un certo tipo di risultato, al quale viene riferita l'offesa, e la condotta può essere o libera (nelle fattispecie causalmente orientate) o definita a sua volta dalla norma incriminatrice. Altre volte (nei reati di pura condotta) il risultato preso di mira è indifferente e la norma si limita a precisare i contorni della condotta, riferendo direttamente a quest'ultima l'offesa.

Ciò che pertanto appare *sempre* necessario ai fini del dolo è il perseguire un risultato sapendo che la sua realizzazione o il suo stesso perseguimento attraverso una certa condotta, a seconda che si tratti di reati ad evento naturalistico o di *pura condotta*, comporta in modo certo (cfr. anche *infra*, 4) il tipo di offesa desumibile come significativo dalla fattispecie tipica.

Ovviamente avrà rilievo il grado di offesa – *lesione o messa in pericolo* del bene tutelato – sul quale il legislatore abbia imperniato la fattispecie (nelle stesse ipotesi di pericolo presunto dovrà quantomeno sussistere la consapevolezza di dar luogo a una situazione che *potrebbe creare*, per l'appunto, un pericolo: non sussisterà ad esempio dolo nel caso in cui il soggetto interessato abbia potuto fondatamente escludere a priori qualsiasi rischio).

#### 4. IL PROFILO DELL'ACCERTAMENTO.

Come già s'è accennato, si ha *volizione* di un evento quando una certa condotta risulta cagionata dalla prospettiva mentale di produrre proprio quell'evento; ogni condotta, infatti, rappresenta la conseguenza di un antecedente psicologico che prende forma (diventa *intention in action*) nel momento in cui viene assunta la decisione di perseguire un determinato obiettivo e di farlo secondo specifiche modalità.

La prova del dolo esige pertanto che si tenga conto di un nesso causale *anteriore* a quello che deve esistere ai fini penali fra la condotta produttiva dell'evento e l'evento medesimo: preso atto di tale condotta, riguardata stavolta come *conseguente*, il giudice è chiamato a individuare per via induttiva la prospettiva mentale, cioè l'*antecedente*, da cui essa dipenda.

Si configura con ciò un problema – ben noto agli studi sul nesso fra condotta ed evento – di *pluralità delle cause*, problema che emerge quando un effetto potrebbe essere stato prodotto da più fattori (potenzialmente) causali fra loro alternativi, sussistendo regolarità, cioè *leggi* (o *massime*), le quali ricolleghino aspetti ripetibili di tale effetto ad aspetti ripetibili di ciascuno dei fattori citati.

Se tuttavia circa la prova del nesso fra condotta ed evento può disporsi di una *duplice* strategia per far fronte al problema in esame, circa la prova del dolo la strategia a tal fine utilizzabile resta *singola*.

Posto infatti che nel primo caso deve stabilirsi se vi sia stata, in rapporto all'evento, l'incidenza causale di una condotta *effettivamente verificatasi*, si tratterà, per fornire una risposta, sia di restringere la gamma delle condotte (pertinenti) prese in esame a quelle sole che davvero risultino accadute, sia di descrivere in modo quanto più analitico possibile il conseguente (l'evento) onde cercare di ridurre *fino a uno* il numero delle condotte con esso compatibili.

Posto invece che nella prova del dolo ciò che dev'essere definito è se una ben precisa prospettiva mentale fra le molte che in astratto avrebbero potuto dare causa alla condotta – cioè la prospettiva di produrre l'evento realizzatosi – storicamente vi sia stata, resterà in gioco il solo criterio fondato sulla migliore descrizione possibile del conseguente (vale a dire della condotta e del contesto situazionale in cui essa si inquadra).

La prova del dolo potrà dirsi raggiunta a condizione che fra le suddette prospettive mentali resti per l'appunto in gioco, *oltre ogni ragionevole dubbio*, *soltanto* la prospettiva di produrre l'evento che la condotta in effetti abbia cagionato (salvo pur sempre un livello statistico non troppo basso

della legge attestante la regolarità di ricorrenza fra una prospettiva mentale e una condotta *di quel tipo*).

Seguire un simile iter accertativo – che non assicura la certezza *assoluta* della prova (ogni spiegazione causale ha *struttura probabilistica*), ma che deve raggiungere, nondimeno, un livello di credibilità razionale *contiguo alla certezza* (per intenderci, il 99,9 per cento) – riveste un'importanza fondamentale.

È noto, infatti, come spesso si riduca il capitolo inerente la prova del dolo all'assunto secondo cui essa andrebbe fondata su *massime di esperienza*, riferite al contesto situazionale; ma, lo si è già visto, le massime riguardanti i fini a monte di una determinata condotta sono di solito numerosissime, tanto da potersi fondatamente affermare che una regolarità idonea a suffragare la tesi accusatoria è, in ogni contesto, quasi sempre disponibile. D'altra parte si deve tener presente che simili massime, attinenti a decisioni umane che nessuno è riuscito a codificare secondo regole deterministiche, sono sempre di tipo (talora ampiamente) statistico e spesso del tutto compatibili con ricorrenze di segno opposto (per esempio, asserire *tout court* che Tizio il quale abbia procurato lesioni a Caio suo avversario sia in dolo sulla base della massima secondo cui spesso chi ha un avversario vuole il suo male non considera, da un lato, che la specifica condotta produttrice di tale evento resta il più delle volte compatibile con molteplici finalità, dall'altro che non poche persone si astengono, in effetti, dal perseguire il male dei loro antagonisti).

Ne deriva che eludere la rigorosa procedura di accertamento causale sopra delineata conduce a vere e presunzioni della volontà, fondate su un approccio riduttivo al contesto situazionale della condotta e, dunque, sulla logica del *dolus in re ipsa*.

Deve peraltro riconoscersi che quanto s'è detto vale in linea di principio per i reati con evento naturalistico, dato che nei reati di *pura condotta* l'evento perseguito è indifferente: ma va considerato che in questi ultimi, a ben vedere, la descrizione della condotta sintetizza di solito il produrre pur sempre un certo risultato naturalistico attraverso una qualche *sub-condotta*, dato che quasi mai rileva il mero movimento corporeo.

In ogni caso resta la necessità di attestare che sia stata percepita come *connessa* alla realizzazione dell'evento naturalistico o, circa i reati di *pura condotta*, alla tenuta di quest'ultima *l'offesa* nei confronti del bene tutelato: sarà dunque richiesta una rappresentazione in termini di *certezza*, da accertarsi secondo quel riferimento a generalizzazioni che è ineludibile nella prova relativa all'esistenza di fattori cognitivi (cfr. *infra*, 6), ma che per non risolversi in una presunzione deve davvero tener conto dell'intero contesto situazionale.

Da ultimo va avvertito, come del resto poco sopra già emergeva, che la successione fra prospettiva mentale, condotta ed evento rappresenta solo un anello nella catena in cui si articola la motivazione del comportamento umano: ognuna di tali successioni costituisce nel suo insieme la condotta dipendente da una prospettiva che sta più a monte, orientata a produrre, attraverso simile condotta complessiva, un evento ulteriore; del pari, all'interno di ciascuna successione la condotta è scorporabile – finché non si identifichi in un mero movimento corporeo – in una successione più analitica (o anche in una serie di tali successioni).

La prospettiva che sta a monte della prospettiva intesa a produrre un determinato evento esprime di quest'ultimo il *movente*, cui talora viene dato rilievo attraverso l'istituto del dolo *specifico* (il quale peraltro, come viene recentemente sottolineato in dottrina, contribuisce a descrivere gli stessi requisiti della fattispecie oggettiva, esigendo *altresì* un'intrinseca idoneità *ex ante* della condotta a conseguire il fine ulteriore cui venga attribuito rilievo).

## 5. IL PROBLEMA DEL DOLO EVENTUALE (E DEL DOLO C.D. DIRETTO).

Un dolo *senza volontà*, prima ancora che *contra legem* ai sensi dell'art. 43 c.p., si porrebbe in contrasto con la natura sostanziale del medesimo, in quanto fattore psicologico; nondimeno la giurisprudenza, come ben si sa, estende il concetto di dolo a situazioni che considera assimilabili (di

fatto, *analogicamente*) al volere, non intendendo ricomprendere nella colpa cosciente *tutti* i casi in cui l'evento, anche se non voluto, risulti preveduto (sia per far rientrare la condotta, rispetto alla maggior parte dei delitti, entro l'ambito del punibile, sia per disporre, nelle altre ipotesi, di una cornice edittale comunque più elevata).

Il problema, peraltro, non investe solo la compatibilità (inesistente) di un simile atteggiamento col diritto positivo, ma anche l'assoluta – e *non casuale* – incertezza dei criteri utilizzati, nell'ottica descritta, per tracciare il confine fra dolo e colpa cosciente, il che permette quell'ampissima discrezionalità di catalogazione delle condotte tenute avendo consapevolezza del loro carattere rischioso la quale ha reso il *dolo eventuale* strumento privilegiato della politica criminale *giudiziaria*.

Fatte salve le ulteriori riserve sistematiche, cercheremo quantomeno di verificare, pertanto, in che modo possano identificarsi, fra quelle or ora richiamate, situazioni che si differenzino realmente rispetto alle caratteristiche psicologiche della colpa con previsione: fermo restando che tali situazioni rimangono per natura diverse anche dai casi in cui sussista la volontà.

Le cose sono più semplici con riguardo al dolo c.d. diretto (che andrebbe meglio definito come *indiretto*, qualifica per lo più adoperata, invece, con lo stesso significato di *eventuale*).

Si tratta di un'ipotesi nella quale il soggetto agente non soltanto è consapevole di correre un rischio penalmente significativo, bensì *mette in conto* di pagare il *costo* espresso dal verificarsi dell'evento non voluto, essendogli noto che quest'ultimo rappresenta un effetto scontato della condotta, vale a dire un effetto a essa ricollegabile *ex ante* in modo *certo* (ovvero – dal punto di vista logico – con probabilità *prossima alla certezza*, dunque del 99,9 per cento).

Solo la *certezza* di provocare l'evento non voluto, infatti, è in grado di attestare in modo automatico lo stato psicologico – *quid pluris* rispetto alla colpa cosciente – di chi sia disposto a pagare il costo summenzionato: un rilievo nient'affatto secondario ove si considerino talune tentazioni recenti di riferirsi, nel definire il dolo c.d. diretto, al criterio della elevata probabilità, con l'obiettivo palese di legittimare rispetto a condotte rischiose che non abbiano prodotto alcuna offesa l'applicabilità del tentativo, esclusa dalla Cassazione (solo) rispetto al dolo eventuale (cfr. *infra*, 6).

Preso atto inoltre di come nel nostro sistema penale il *putativo* non rilevi, occorrerà, ai fini del dolo c.d. diretto, che la certezza *ex ante* di verifica dell'evento risulti sia soggettivamente avvertita, sia oggettivamente esistente.

Assai più delicata è la definizione del dolo eventuale, figura che vorrebbe reperire un elemento distintivo nel *continuum* dei soggetti che agiscono, violando una regola di diligenza, con la consapevolezza di dar luogo a un (mero) rischio penalmente significativo.

I modelli a tal fine proposti sono nella sostanza due. Il primo, di matrice oggettiva, fa leva sulle caratteristiche stesse del rischio, dando rilievo o a un certo livello della probabilità che l'evento lesivo si produca oppure, anche se difficilmente lo si ammette, a prese di posizione giudiziarie circa il grado di adeguatezza sociale dell'obiettivo, sia esso lecito o illecito, in funzione del quale il rischio viene corso: ma su questa via il dolo eventuale perderebbe qualsiasi aggancio con profili in qualche modo assimilabili alla volizione. Il secondo modello, di conseguenza, cerca di far salvo un distinguo fondato sul profilo soggettivo, esigendo quanto al dolo eventuale un elemento di *consenso* dell'agente al verificarsi dell'evento non voluto. È ben noto che proprio in questo senso la giurisprudenza fa ricorso al criterio dell'*accettazione del rischio*.

Tale criterio, che vorrebbe evitare di far leva su meri atteggiamenti interiori più o meno ottimistici rispetto al prodursi dell'evento, costituisce tuttavia un vero e proprio *assegno in bianco* rilasciato a chi lo utilizzi, tendenzialmente spendibile rispetto all'intero spettro della colpa cosciente, di cui anzi finisce per fornire una *descrizione sintetica*: chi sa di violare una regola di diligenza così da attivare o non contrastare un determinato rischio accetta, infatti, l'operatività del medesimo quale accessorio della propria condotta (a meno che, addirittura, non comprenda quale fine persegua la regola consapevolmente trasgredita).

Neppure appare utilizzabile la formula, che ha avuto in Italia una certa diffusione, per cui la rappresentazione dell'evento resterebbe compatibile con la colpa cosciente solo nel caso in cui,

inizialmente determinatasi, *melius re perspersa* sia poi superata: posto che – al di là del contrasto palese di questa tesi con la definizione codicistica del reato colposo – non ha proprio senso, quando resti *coscientemente* trasgredito un dovere, penalizzare chi eviti di trarre illusioni ottimistiche dai fattori in forza dei quali l'evento potrebbe anche non prodursi.

Resta dunque da verificare se vi possa essere un criterio che scongiuri le conseguenze della utilizzazione, quanto al dolo eventuale, di modelli accertativi così inconsistenti. Orbene, l'*unico* criterio a tal fine utilizzabile il quale abbia fondamento psicologico è lo stesso che emerge nel dolo c.d. diretto: il fatto, cioè, di accettare non già il rischio, ma il realizzarsi stesso dell'evento come prezzo che si è pienamente disposti a pagare onde poter perseguire un certo obiettivo. Mentre tuttavia quanto al dolo c.d. diretto la prova di un simile stato psichico è implicita nel sapere che l'evento non voluto *sicuramente* si verificherà, per l'accertamento del dolo eventuale dovrà svolgersi un'argomentazione di tipo ipotetico, che però – come accade in molti altri casi: si pensi alla problematica causale – persegue l'accertamento di una condizione (mentale) *effettiva*.

Tale argomentazione viene espressa dalla (seconda) *formula di Frank*, che del dolo eventuale costituisce pertanto l'*unico* criterio di prova non arbitrario: un individuo agisce con l'atteggiamento psichico appena descritto quando si può affermare che avrebbe continuato ad agire anche se gli fosse risultato certo il verificarsi dell'evento non voluto.

La formula suddetta – in quanto coglie una realtà psicologica sostanziale (che vi sia diversità fra l'essere disposti a correre un rischio e l'essere disposti a tollerare il verificarsi di un evento si evince dalla esperienza personale di ciascuno: spesso decidiamo di esporci a pericoli, laddove ci asterremo dalla condotta se fossimo sicuri di subire una lesione) – definisce in modo molto più sicuro rispetto ai criteri sopra richiamati il confine che s'intenda tracciare mediante la categoria del dolo eventuale rispetto alla colpa cosciente, risultando in grado di escludere senza incertezze l'imputazione del dolo in molti casi che, altrimenti, restano in balia della più assoluta discrezionalità.

Fermo quanto s'è detto, va rammentato che la condotta rilevante ai fini del dolo eventuale si manifesta incompatibile con la definizione del tentativo, che richiede atti *diretti in modo univoco* all'evento penalmente significativo, mentre nel dolo eventuale questi ultimi sono finalizzati a un risultato diverso: soluzione la quale deriva anche dall'esigenza garantista di non assommare le incertezze derivanti dall'applicazione di due istituti ad altra problematicità probatoria. Semmai deve osservarsi che pure nel dolo c.d. diretto le caratteristiche della condotta *non collimano* (nonostante la citata qualifica tradizionale) con i requisiti di cui all'art. 56 c.p.

## 6. SUI PERICOLI DI UNA NORMATIVIZZAZIONE DEL DOLO.

Al di là delle questioni definitorie in tema di dolo eventuale, il problema di fondo, peraltro, è dato dal sussistere di tendenze che, facendo di tale figura il prototipo del dolo, perseguono l'abrogazione surrettizia del riferimento cardine alla volontà nell'ambito della responsabilità dolosa, riducendone la componente psicologica alla rappresentazione e riconducendo il confine fra dolo e colpa alla discrezionalità tipica delle valutazioni normative.

In questo modo non solo vengono assimilate situazioni fra loro sostanzialmente differenti, ma si determina un impoverimento radicale quanto alla capacità della dogmatica di assumere, fondandosi su realtà sostanziali, una funzione davvero garantista.

Ciò favorisce inoltre l'affermarsi nelle sentenze di iter motivazionali di carattere tipicamente presuntivo. Limitarsi a considerare il profilo della cognizione, infatti, non solo esclude che le condotte rilevanti siano ulteriormente selezionate in base all'accertamento della volontà, ma apre a modelli probatori semplificati: stabilire se un individuo si sia rappresentato un certo accadimento è infatti ben più incerto che stabilire se egli lo abbia *voluto*, perché il *pensare* non si estrinseca in condotte e può essere ricostruito solo attraverso generalizzazioni fondate su quanto ordinariamente ci si rappresenta in un dato contesto.

Soppresso il passaggio qualitativo richiesto dalla prova della volontà, l'accertamento del dolo rischia di realizzarsi secondo un pericoloso piano inclinato fatto di presunzioni (o di artifici retorici) che dalla constatazione della colpa (incosciente) può condurre fino alla forma più grave dell'imputazione soggettiva. Questo un modello non puramente teorico: risulta che A abbia violato una regola di diligenza → gli appartenenti al settore in cui A si è mosso sanno di dover rispettare quella regola → A, persona normodotata, non può non aver percepito il rischio connesso alla violazione → A, dunque, si è rappresentato la possibilità di cagionare l'evento lesivo → in rapporto ai suoi obiettivi, può dirsi che A ha accettato il rischio di produrre l'evento → A ha agito con dolo (eventuale).

## 7. DOLO E REATI OMISSIVI.

Vanno espresse in proposito, seppur per sommi capi, alcune precisazioni di notevole importanza, talora trascurate.

Innanzitutto il dolo non può richiedere rispetto al non fare (il cui rilievo spesso patisce, per giunta, problemi di tassatività) *meno* di quanto richieda nelle fattispecie commissive.

Ciò significa, da un lato, che nei reati omissivi *impropri* l'omissione potrà essere definita dolosa solo se risulti psicologicamente cagionata dalla prospettiva mentale di dar luogo al risultato offensivo: ipotesi questa ovviamente *rara*, posto che ben difficilmente chi ha un obiettivo attende per conseguirlo di non assolvere agli obblighi derivanti da una posizione di garanzia che per avventura si ritrovi ad avere proprio nei confronti del bene insidiato (dunque, non è sufficiente ai fini del dolo che il soggetto abbia deciso di *non agire* – come non è sufficiente che abbia deciso di *agire* – nella consapevolezza di violare, rispetto a una determinata situazione concreta, un suo obbligo comportamentale). Una realtà la quale evidenzia come il reato omissivo improprio sia *strutturalmente colposo*, consistendo in quella che a ben vedere altro non è se non la violazione *incosciente* o *cosciente* di una regola (generica) di diligenza che ha la sua fonte nel legame istitutivo della posizione di garanzia, senza che sussista, ordinariamente, la volizione dell'evento.

Per analoghe ragioni i reati di *pura condotta omissiva* (omissivi *propri*) esigeranno, ai fini del dolo, la consapevolezza di arrecare l'offesa penalmente significativa, il che richiederà a sua volta (posto che il non fare, dal punto di vista naturalistico, è inincidente) la consapevolezza del sussistere, anche quando esso sia espresso dalla stessa norma incriminatrice, dell'*obbligo di fare*: solo a questa condizione potrà infatti parlarsi della volontà di *non fare*.

Deve inoltre convenirsi con autorevole dottrina (Pagliaro) sul fatto che la compatibilità del dolo *eventuale* e dello stesso dolo *c.d. diretto* con la condotta omissiva ordinariamente, in effetti, è addirittura da escludersi.

Ciò in quanto tale tipo di condotta, sostanziandosi in un'inerzia, non si configura (al contrario di quella attiva) come *già di per sé* orientata a uno scopo: l'eccezione può eventualmente riguardare il caso *raro*, già richiamato, nel quale l'individuo che per avventura sia tenuto a *impedire* coltivi l'obiettivo cui l'obbligo si oppone e scelga di sfruttare per il suo fine l'inosservanza del dovere.

Al di fuori di questo caso, che concerne l'*intenzionalità*, l'omettere manca normalmente, in effetti, di qualsiasi scopo perseguito in modo autonomo (di qualsiasi scopo per il cui conseguimento si programmi il *non agire*): l'inerzia avrà certo delle motivazioni, ma esse, di regola, sono correlate agli oneri, *lato sensu* intesi, che deriverebbero dall'adempimento del dovere (tali motivazioni non avrebbero ragion d'essere ove quel dovere non esistesse: cadono col cadere del dovere); l'omissione, in questo senso, non è orientata a uno scopo o, se così si può dire, ha solo lo scopo di *non adempiere*, cioè di non sopportare le conseguenze (rischi, fatica, inimicizie, *etc.*) dell'adempimento (ovvero di non farsi carico del problema sul tappeto, seppure la legge lo esiga).

Rispetto a queste caratteristiche dell'omettere *non può* di conseguenza venire in gioco il fattore che contraddistingue unitariamente dolo *c.d. diretto* e dolo *eventuale*, vale a dire l'essere disposti a pagare il prezzo costituito dalla realizzazione dell'evento, pur di conseguire *un proprio fine*.

Perché non sia così bisognerebbe (forse) poter ipotizzare situazioni nelle quali l'omettere sia davvero psicologicamente determinato, addirittura, dalla prospettiva di conseguire un fine *che nulla abbia a che fare con l'evitare gli oneri dell'adempimento* e che sia conseguibile, dato il ruolo del soggetto interessato, proprio non adempiendo. Ma eccettuate, se del caso, simili ipotesi limite, lo stesso *non agire* di chi si astiene sapendo che a seguito dell'inerzia si produrrà l'evento lesivo (o di chi si asterrrebbe anche di fronte alla certezza di tale esito) assume un significato psicologico *ben diverso* da quello che si avrebbe in presenza delle medesime condizioni ove si trattasse di una condotta attiva: significato non assimilabile neppure in senso normativo, come già s'è detto, a quello costituito dalla volizione dell'evento, mancando qualsiasi *presa di iniziativa* del soggetto interessato *a costo della quale* si realizzi la conseguenza non voluta.

Il pompiere che per paura non adempia (escluso lo stato di necessità) l'obbligo difficoltoso di salvare un individuo durante un incendio e, del pari, il marito codardo che non scenda nel fiume (escluso sempre lo stato di necessità) per salvare la moglie in esso scivolata, ma che *mai* avrebbe posto in essere condotte idonee a provocare il benché minimo rischio per l'incolumità della moglie e meno che mai l'avrebbe uccisa, non possono essere trattati *come se* avessero voluto gli esiti lesivi (non si può dire che sarebbero stati disposti a pagare il prezzo costituito dal sacrificio del bene protetto *per un loro fine*): potrà aversi responsabilità a titolo di colpa cosciente, ma non di dolo (eventuale o c.d. diretto).

## 8. DOLO ED ERRORE DI DIRITTO.

Posto che ai fini del diritto penale rilevano soltanto offese di beni repute *antigiuridiche* dall'ordinamento (cioè la produzione di rischi *illeciti*), ne deriva che il dolo, avendo per oggetto la fattispecie tipica, non può per sé non implicare oltre alla volontà di offendere, intesa in senso naturalistico, anche la volontà di trasgredire la legge.

Ove pertanto il soggetto agente *davvero* abbia errato sulla norma penale – cioè abbia creduto di agire lecitamente (o se del caso non si sia mosso, rispetto al dubbio sulla sussistenza del divieto, nella disponibilità a trasgredire la legge) – *non è in dolo*, non avendo inteso arrecare alcuna offesa *antigiuridica*.

Si potrà eventualmente (*pragmaticamente*) discutere degli obblighi accertativi che siano da esigersi in merito alla coscienza dell'illiceità e, per converso, all'errore di diritto, muovendo dal dato per cui secondo l'interpretazione corrente della disciplina in vigore si va *ben oltre* la logica stessa di un'inversione dell'onere probatorio.

Che senso ha, d'altra parte, punire *per dolo* persino quando sussista la prova indiscussa che un errore, pur *evitabile*, sul divieto vi sia effettivamente stato? E, del pari, che senso può assumere, in un contesto nel quale il principio costituzionale di colpevolezza non intenda soccombere rispetto a una visione *arcaica* delle istanze di prevenzione generale, punire a titolo di colpa o di dolo a seconda che l'*identico* stato psicologico di errore dipenda da una negligenza concernente l'approccio al fatto materiale (*ex art. 47 c.p.*) o all'assetto normativo penale (*ex art. 5 c.p.*), laddove è discutibile che in quest'ultimo caso la stessa entità del rimprovero sia *sempre* da ritenersi maggiore?

Si tratta di superare l'idea secondo cui la necessità del dolo per rispondere di reato *doloso*, al di là delle dispute fra *Schuld-* e *Vorsatztheorie*, possa risultare in pratica *derogabile*. Prospettiva, quest'ultima, nel solco della quale va sottolineato (pure all'interno del sistema normativo vigente) come il dolo in quanto elemento portante del fatto tipico rappresenti, in rapporto ai delitti, *condicio sine qua non* per la sussistenza stessa del reato: un requisito la cui necessità sancita senza riserve dall'art. 43 c.p. viene *prima* di qualsiasi ulteriore considerazione.

Se ne deduce altresì che non è immaginabile un superamento soddisfacente delle incriminazioni fondate dal codice Rocco sulla logica del *versari in re illicita* limitandosi a introdurre un fattore

*colposo* che suffraghi pur sempre l'imputazione, rispetto all'evento non voluto, di una responsabilità *dolosa*.

#### 9. SUI CASI NUOVI DELLA RISERVA DI COSCIENZA E DEL LANCIO DI SASSI DA CAVALCAVIA.

Siano infine consentiti schematici rilievi su due situazioni emerse in anni recenti, che manifestano profili di particolare interesse:

a) Un limite intrinseco alla configurabilità del dolo eventuale e di quello c.d. diretto dev'essere riconosciuto quando l'unica ragione per cui non venga rispettata una regola di diligenza sia reperibile in una riserva *di coscienza*, seppur *antigiuridica*, verso il comportamento necessario a fini *cautelari*. Ciò perché in tal caso il non agire conformemente a quanto richiesto per la tutela di un certo bene dipende *soltanto* dalla persuasione soggettiva dell'intrinseca inaccettabilità che caratterizzerebbe il ricorso, pur doveroso, a un determinato strumento di tutela: *non viene in gioco*, dunque, la disponibilità tipica delle due forme *accessorie* del dolo a mettere in conto il verificarsi di un'offesa *per* conseguire un obiettivo preventivamente definito e in funzione del quale sia stato progettato il non agire.

b) Si deve considerare, poi, come rappresenti davvero un ulteriore caso a sé stante quello in cui la condotta rischiosa non costituisca il mezzo – secondo quanto corrisponde, *nel bene o nel male*, alla *normalità* dell'agire umano – per ottenere un qualsivoglia effetto (una modifica del mondo esterno) autonomo dalla medesima, bensì sia voluta *per se stessa*, in forza del rischio ad essa connesso. Chi, in questo senso, lancia sassi da un cavalcavia, non ha interesse, neppure in senso strumentale, ai danneggiamenti o alle lesioni che provoca (tanto che se potesse realizzarli altrimenti, non lo farebbe), né persegue *altri fini*, per il cui conseguimento, a costo di danneggiare o ledere, tenga la condotta rischiosa: ciò che manca non è solo un movente, ma addirittura la prospettiva che dia causa alla condotta. Orbene, perfino allorquando, ed appare improbabile, dovesse reputarsi assolta la condizione richiesta per il dolo eventuale dalla formula di Frank (una configurabilità *corretta* del dolo c.d. diretto appare pressoché impossibile), resta ancora una volta il fatto – tale da escludere l'imputazione per dolo nel caso in cui, sciaguratamente, si produca l'evento lesivo – che l'ipotesi in esame si colloca in un'ottica del tutto diversa da quella che abbiamo visto tipica delle forme *non intenzionali* dell'imputazione dolosa. Tale ottica, d'altra parte, manifesta un'anomala formazione del volere (cfr. *supra*, 1) che a sua volta dovrebbe rilevare quanto all'esclusione dell'imputabilità.

#### **BIBLIOGRAFIA:**

(si tratta di indicazioni *minime*, che riflettono ovviamente punti di vista fra loro diversi; ai lavori di chi scrive si fa rinvio per l'ulteriore motivazione delle opinioni espresse nel presente contributo)

F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa, Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano 1960.

S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle fattispecie delittuose*, Giuffrè, Milano 1999.

M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano 1991.

ID., *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a struttura neutra*, Giuffrè, Milano 1993.

- ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, CEDAM, Padova 1996.
- ID., *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, UTET, Torino 1999, p. 221 ss.
- L. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni fra dolo e colpa*, in *R. it. d. proc. pen.*, 1987, p. 1060 ss.
- ID., *Il dolo come volontà*, Morcelliana, Brescia 1993.
- ID., *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato* (in corso di pubblicazione negli atti del convegno “Le fattispecie dolose nel diritto penale dell’economia”, Trento, 9-10 ottobre 1998, CEDAM, Padova, e in *R. it. d. proc. pen.*).
- M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-52, p. 125 ss.
- ID., *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Giuffrè, Milano 1964.
- M. GELARDI, *Il dolo specifico*, CEDAM, Padova 1996.
- C. F. GROSSO, *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Ist. enc. Treccani, Roma 1989.
- G. MARINUCCI, *Non c’è dolo senza colpa. Morte della “imputazione oggettiva dell’evento” e trasfigurazione della colpevolezza*, in *R. it. d. proc. pen.*, 1990, p. 3 ss.
- A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano 1998.
- L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un’indagine sugli ‘elementi finalistici’ delle fattispecie penali*, Giuffrè, Milano 1993.
- S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Giuffrè, Milano 1993.
- ID., *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, UTET, Torino 1996, p. 235 ss.