

FORMULA BARD E ACCERTAMENTO DEL DOLO EVENTUALE^(*)

«Eppure sembrava che ogni passo nella direzione giusta ne determinasse troppi in quella sbagliata»
Henrik STANGERUP, *Manden der ville være skyldig*

di Giuseppe Losappio

Abstract. *Accertare BARD il dolo vuol dire che il giudice deve “captare” oltre ogni ragionevole dubbio la «sostanza psicologica» della previsione e della volontà senza – per quanto è possibile – ricorrere a presunzioni anche nei contesti precettivi intrisi di elementi valutativi. Un compito, un obiettivo difficile da realizzare, ancora più difficile nel caso del dolo eventuale; maggiori difficoltà in parte irrisolte, forse irrisolvibili. Nonostante i progressi compiuti, i “modelli” di accertamento elaborati, sinora, dalla letteratura penalistica e dalla giurisprudenza non offrono “prestazioni” del tutto appaganti. Non sfugge a questi limiti nemmeno la sentenza delle Sezioni Unite sul c.d. caso Thyssen che, nonostante il poderoso apparato teorico-motivazionale, sembra persino echeggiare formule del diritto intermedio proponendo (o ri-proponendo) “meta-massime” di esperienza secondo le quali in base a ciò che di regola accade non si risale direttamente alle due articolazioni della sostanza psicologica del dolo (la previsione e la volontà) ma vengono individuati i contrassegni che di solito consentono di dirimere l’alternativa dolo eventuale/colpa con previsione. In ogni caso, fluidità, intercambiabilità, genericità di questi criteri vincolano poco, consegnando la formazione del libero convincimento sul dolo eventuale al convincimento libero del giudice. Il dolo eventuale sembra quindi davvero una tra le più acuminate spine nel fianco della formula BARD, cui, senza indulgere in atteggiamenti di «rassegnato distacco» o di «paralizzante pessimismo», con un approccio di “umano realismo” in questo ambito non sembra di poter chiedere «più di quanto essa possa offrire».*

SOMMARIO: 1. Formula BARD e fatto psichico doloso. – 2. L’accertamento del fatto psichico doloso. – 3. Formula BARD e accertamento del fatto psichico nel dolo eventuale. – 4. Difficoltà irrisolte. Difficoltà irrisolvibili? – 5. Il modello di accertamento ibrido/modulare. Gli indicatori e contro-indicatori del dolo eventuale. La c.d. sentenza Thyssen. – 6. Conclusione (interlocutoria). *Fuzziness* del dolo eventuale vs *hardness* della formula BARD.

· Il contributo – con il titolo “Bard Rule e accertamento del *dolus eventualis*” – è destinato all’opera collettanea *Processo penale e ragionevole dubbio*, a cura di Antonio Incampo, Vito Mormando e Adolfo Scalfati; si ringraziano i curatori per averne concesso la pubblicazione anche in *questa Rivista*. Trattandosi di un contributo già accettato per la pubblicazione in quella sede, il lavoro non è stato sottoposto alla procedura di *peer review* prevista da *questa Rivista*.

1. Formula BARD e fatto psichico doloso.

Colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio-*beyond any reasonable doubt* (BARD) vuol dire che non si “condanna” per “approssimazione” o *prima facie*. Se il processo non prova BARD l'accusa, *in dubio pro reo*. L'assoluzione può fondarsi sia sulla *fuzziness* delle proposizioni accusatorie sia sulla “verità vera”¹ dell'innocenza. La colpevolezza, invece, può essere affermata solo se il processo “prova” che le proposizioni accusatorie sono risultate “veramente vere”. La “verità” BARD è unicamente la “verità vera”. Quella interinale «non è verità (vera, n.d.r.), ma semplicemente ipotesi di lavoro, “*ubi consistant*” dell'indagine»².

Accertare BARD il dolo (eventuale o meno) significa, innanzitutto, erigere un argine contro le frequenti, cicliche «evaporazioni concettuali» e «semplificazioni probatorie», spesso alimentate dalle «spinte repressive e generalpreventive»³ della giurisprudenza (ma non solo). In termini più espliciti, vuol dire che il giudice deve captare BARD la «sostanza psicologica»⁴ della previsione e della volontà, senza – per quanto è possibile – ricorrere a presunzioni anche nei contesti precettivi intrinseci di elementi valutativi.

2. L'accertamento del fatto psichico doloso.

È di «routine osservare»⁵ che, a differenza dei fatti “materiali”, i “fatti” psichici non si estrinsecano autonomamente (per lo meno) nella realtà percepibile

¹ È la celebre iterazione di F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa* (1874), edizione a cura di A. CADOPPI, Bologna, 2007, p. 365. Per una lettura sia consentito rinviare al mio *Verità e processo penale (frammenti di riflessione)*, in *Quaderni del dipartimento Ionico*, 2014, p. 187.

² Così F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, p. 76. Sulla nozione di “verità interinali” cfr. G. BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Studi Economico-Giuridici della Regia Università di Cagliari*, 1938, p. 31.

³ G. P. DEMURO, *Il dolo. L'accertamento*, Milano, 2010, p. 542. Per un'ampia e approfondita indagine storica G. CERQUETTI, *Il dolo*, Torino, 2010, p. 363 e ss. Molto più agile ma ben dettagliata la ricostruzione di G. P. DEMURO, *Alle origini del concetto di dolo: dall'etica di Aristotele al diritto penale romano*, in *Diritto@Storia*, 2006 (5).

⁴ Sul concetto cfr. G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 113. Anche Id., *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e “colpa grave” alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 5013.

⁵ L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993 (open source in [questa pagina web](#)), p. 60. Così (ad es.) già C. CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, I, *Parte generale*, Milano, 1912, p. 343: «quella della volontarietà è una condizione non suscettibile di accertamento diretto per parte del giudice, perché la sua verifica implica un fenomeno psichico, che sfugge ad ogni osservazione esteriore» (cit. da T. Padovani, *Prefazione*, in *La prova dei fatti psichici*, Atti dell'Incontro di Pisa, 9–10 maggio 2008, a cura di G. DE FRANCESCO/C. PIEMENTOSE/E. VENAFRO, Torino, 2010, VII). Focalizza la teoria del dolo sul «rapporto interiore ed esteriore» Winfried Hassemer (*Kennzeichen des Vorsatzes*, trad. it. di S. CANESTRARI, in *Ind. pen.*, 1991, p. 487) che individua, in un contesto culturale incline a sminuire l'elemento volitivo del dolo e ad assottigliare la distinzione dogmatica fra dolo e colpa (con la conseguente progressiva dilatazione della discrezionalità

sensorialmente (o strumentalmente)⁶. Né la scienza né le tecniche consentono di rilevare, ora per allora⁷, «stati di coscienza, impulsi volontari, percezioni e rappresentazioni»⁸.

giudiziaria), un tratto caratterizzante della crisi del diritto penale moderno: Id., *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, p. 382. Sul tema, da ultimo le interessanti notazioni di O. DI GIOVINE, [Il dolo \(eventuale\) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune](#), in *questa Rivista*, 30 gennaio 2017.

⁶ R. BARTOLI, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in *La prova dei fatti psichici*, cit., p. 222.

⁷ *Ora per allora*. L'accertamento processuale del dolo, quale frazione del giudizio, è un particolare tipo di analisi "storica" (sospesa tra il passato e il futuro) perché riguarda la verifica di un evento unico/singolare, contingente e irripetibile. Sulle corrispondenze e le differenze tra ricostruzione giudiziale del "fatto" e ricostruzione storiografica, cfr. *ex multis* (limitatamente alla letteratura italiana) P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, p. 105; M. TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1967, p. 438; ID., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992

Ora per ora, sembrerebbe che sussista la possibilità di diagnosticare l'impulso ad agire pochi attimi prima che l'azione/movimento sia compiuto. Così almeno emerge dalle recenti ricerche di alcuni neurobiologi che – com'è noto – hanno riproposto il (mai sopito) problema del sostrato "bio-ontologico" della possibilità di agire diversamente sulla quale si basa la teoria della colpevolezza, intesa come elemento di congiunzione della libertà e della pena (quale privazione della libertà). Sul tema, nella letteratura penalistica italiana, *ex multis*: O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009; M. A. PASCULLI, *Neuroscienze e giustizia penale, I, Profili sostanziali*, Roma, 2012; A. NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 499. Vedi anche i numerosi contributi nell'opera collettanea *Diritto penale e neuroetica*, Atti del Convegno, Foggia, 21-22 maggio 2012, a cura di O. DI GIOVINE, Padova, 2013. Ivi in part. M. RONCO, *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere: commiato o una riscoperta?*, p. 57. Con specifico riferimento al tema del *dolus eventualis* con un approccio molto problematico ancora O. DI GIOVINE, *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, cit.. Di recente in senso fortemente critico, in part., S. MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 681.

Allora per allora. P. K. DICK, nel racconto *Rapporto di minoranza*, immagina un futuro mondo nel quale i crimini sono ridotti del 99,8% e in cinque anni si conta un solo omicidio. Tutto grazie alla *precrime methodology*. Tre mutanti sono in grado di scoprire l'intenzione dei pre-autori di commettere un delitto prima che l'*intention* si traduca in *action*. Sulla base dei rapporti elaborati dai *precog* la polizia pre-crimine arresta i pre-colpevoli anche una settimana prima che l'azione si compia: «*We're taking in individuals who have broken no law*». «*They don't. But surely, they will*», convengono il capo della pre-crimine, Anderton, e il giovane capitano, Witwer. La divinazione dei *precog* sembra attivarsi nel momento in cui si manifesta il *fiat* con il quale l'intenzione diverrebbe operativa e l'azione orientata al suo perseguimento avrebbe inizio. Cfr. sul tema molto puntualmente L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., p. 14: «Si avrebbe inizialmente, dunque, una fase di scelta, o della motivazione pre-decisionale, nella quale verrebbero ponderati la desiderabilità e la realizzabilità dei fini conseguibili attraverso l'agire. Tale fase si orienterebbe verso un momento di chiusura del processo deliberativo (*Fazit-Tendenz*), che darebbe luogo allo stacco costituito dal formarsi di una effettiva intenzione (il "passaggio del Rubicone", da cui la qualifica di *Rubikon-Modell* dell'intero schema ricostruttivo). Con ciò inizierebbe la seconda fase del processo, indicata come *volizione* anteriore all'azione: in essa si avrebbe il competere fra gli obiettivi riferibili alle molteplici intenzioni ordinariamente presenti in un individuo, e dunque fra quelle che vengono definite le *Fiat-Tendenzen* connesse a tali intenzioni (anche in rapporto alle diverse *chances* di realizzabilità delle intenzioni medesime)». Tale seconda fase si svolgerebbe fino all'imporsi del *fiat* relativo a una determinata intenzione, il *fiat* relativo alla fase esecutiva.

⁸ T. PADOVANI, *Prefazione*, loc. cit..

L'accertamento del fatto psichico, quindi, sembra condannato alle incertezze del meccanismo induttivo che dall'elemento noto e certo inferisce la sussistenza del dato ignoto.

È una conclusione ineludibile che non viene superata nemmeno dalla critica fondata sul disconoscimento della distinzione tra dimensione "materiale" e "non materiale" dei fatti da accertare⁹. Sostenere che l'ermeneutica del comportamento, come quella dell'intenzione, implica l'osservazione del contesto non muta sostanzialmente i termini della questione: per un verso, ribadisce l'ovvia considerazione che, a qualsiasi livello, il giudice può decifrare le realtà interne o (comunque) "nascoste" solo sulla base degli affioramenti sensorialmente(/strumentalmente) percepibili di entrambe (*l'intention in action*); per l'altro, non esclude che l'accertamento di un fatto "interno" o "spirituale" implica un «grado di immediatezza» tendenzialmente minore rispetto a quello "comune" nella ricostruzione di un accadimento "esterno" o "materiale"¹⁰. In altri termini, pure ad ammettere che non si dia, sul piano della speculazione meta-giuridica, una differenza qualitativa tra l'accertamento dei "fatti materiali" e quello dei "fatti psichici", le rispettive differenze quantitative propongono specifici problemi per la formula BARD.

3. Formula BARD e fatto psichico nel dolo eventuale.

Le stesse considerazioni svolte nei paragrafi precedenti valgono per il dolo eventuale dove le difficoltà di accertamento sono maggiori per (almeno) sei ragioni.

a) *In the book*, da un lato, bisogna riconoscere che la differenza tra dolo e colpa è strutturale, dall'altro – com'è stato già puntualmente osservato – non è «legittimo edificare una frontiera» tra le stesse forme dell'aspetto soggettivo «fondandola sulla base di criteri puramente quantitativi»¹¹. *In the fact*, è "vero" che impostare i rapporti tra dolo e colpa solo in chiave di differenti "misure" sottende una fiducia, tanto eccessiva quanto ingenua, sulla possibilità che in questo modo il reciproco confine assuma tratti più nitidi; è "vero" anche, però, che la frontiera è mobile, anzi evanescente, non solo per il destino comune a tutte le coppie concettuali. Una «sostanza psicologica» più grave della colpa con previsione non può essere sottratta ad una reazione repressiva maggiore rispetto a quella prevista dall'art. 61, n. 3 o addirittura sfuggire a qualsiasi risposta sanzionatoria "solo" perché non è dolo e non è colpa. *De lege lata*, per quanto fatica si faccia a selezionare e divaricare tra loro i punti di aggancio alla colpa o al dolo dell'evento *che non è né contro l'intenzione ma non è*

⁹ R. A. DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford, 1990, pp. 129-132.

¹⁰ G. P. DEMURO, *Il dolo*, cit., p. 156.

¹¹ Così per tutti S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie criminose*, Milano, 1999, p. 34. In senso contrario di recente, in part., G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., p. 179.

nemmeno secondo l'intenzione questa pressante esigenza di continuità e progressività sanzionatoria – come una forza gravitazionale irresistibile – distorce le formule sia pure discontinue dell'art. 43 in modo che i lembi di entrambe possano toccarsi¹².

b) Anche nelle elaborazioni teoriche che meglio sono riuscite a bilanciare componenti oggettivo-normative e soggettivo-psicologiche delle due figure limitrofe – si pensi, in particolare, alla ricostruzione di Canestrari¹³ –, il passaggio dalla colpa con previsione al dolo eventuale non implica (necessariamente) una differenziazione dal punto di vista “obiettivo” delle condotte:

- se il rischio non è totalmente illecito non è configurabile il dolo eventuale ma se il rischio è totalmente illecito non si può escludere che sia configurabile la colpa;

- pericolo doloso e pericolo colposo, rischio totalmente illecito e rischio illecito¹⁴ sono concetti che (*in the fact*) in alcuni casi sottendono una differenza qualitativa in altri, invece, comportano solo una differenza quantitativa (si pensi all'eccesso di velocità).

La distinzione tra dolo e colpa integrata con la distinzione tra rischio totalmente illecito e rischio illecito dirada solo in parte la linea d'ombra¹⁵ tra la stessa colpa con previsione e il dolo eventuale.

c) E ancora. Nel dolo eventuale i due aspetti della «dimensione psicologico-descrittiva»¹⁶ – quello volitivo e quello intellettuale – si manifestano in forma obliqua, talvolta dimessa, persino crepuscolare. Come si è già accennato nel *bedingter vorsatz* la volontà¹⁷ non si realizza «in senso proprio»¹⁸ ma quale scelta più che decisione,

¹² Anche per questa ragione, non sembra (non competono ad una riflessione cursoria affermazioni più perentorie) che le proposte alternative di istituire/(riconoscere) una forma intermedia di colpevolezza/(responsabilità) tra dolo e colpa ovvero di eliminare il dolo eventuale siano davvero risolutive dei problemi accennati in questo paragrafo. Per la prima opzione cfr. in part. CURI, *Tertium datur. Dal common law al civil law. Per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003; per la seconda, di recente A. MANNA, *È davvero irrisolvibile il mistero del dolo eventuale?*, in *Il mistero del dolo eventuale*, cit., p. 175. Anche sotto questo profilo sembra valere il teorema di Stangerup per cui ogni passo nella direzione giusta ne determina altrettanti in quella sbagliata: H. STANGERUP, *Manden der ville være skylding*, trad.it., Milano, 1992, p. 39.

¹³ *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., passim.

¹⁴ S. CANESTRARI, *op. ult.*, cit., pp. 143 e ss. In precedenza, nella letteratura italiana, per una prima specifica e approfondita ricognizione sui rapporti tra dolo e rischio, in part. V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, cap. IV.

¹⁵ Per questa evocazione letteraria sia consentito rinviare al mio *Dolo eventuale colpa con previsione. La linea d'ombra*, in *Il Foro di Trani*, 2001 (17), p. 19.

¹⁶ V. DE FRANCESCO, *Il “modello analitico” fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 119.

¹⁷ Sempre che di volontà si possa parlare, nel c.d. dolo eventuale d'impeto o più in generale con riferimento alle condotte che non presuppongono «la riflessione pacata e preventiva su conseguenze importanti dal punto di vista valoriale»: O. DI GIOVINE, *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, cit., p. 13. In tal senso molto chiaramente già G. FIANDACA, [Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2012, p. 159 ss. Cfr. per un'interessante ricognizione della giurisprudenza tedesca tra dolo (anche eventuale) e soglia di inibizione M. DOVA, *Un dialogo immaginario con la giurisprudenza tedesca sui confini del dolo*, *ivi*, 2015 (4), p. 368.

¹⁸ L. EUSEBI, *op. cit.*, p. 104.

adesione/accettazione, piuttosto più che appetizione¹⁹. Tutto a voler concedere l'evento è para-intenzionale (*né contro l'intenzione ma nemmeno secondo l'intenzione*, si insiste). Meno è stato avvertito che nel dolo eventuale anche la visione del risultato finale della condotta è tendenzialmente meno nitida rispetto alla maggior parte delle altre forme del dolo. Al contrario, nella letteratura penalistica si legge (spesso) che dolo eventuale e colpa con previsione non hanno «nulla di diverso tra loro» sotto il profilo rappresentativo²⁰. È un'affermazione di sapore ontologico che sul piano euristico/deontologico viene declinata concependo una sorta di regola di proporzionalità inversa: «più decresce il grado di appetizione dell'agente nei confronti di un determinato evento, più lo spazio psicologico nei confronti dell'evento può risultare occupato da considerazioni di carattere rappresentativo, di previsione»²¹. Sennonché, la casistica delle aule giudiziarie indica che la "realtà" è differente²². L'esperienza, infatti, insegna che intensità dell'aspetto intellettuale ed intensità dell'aspetto volitivo tendenzialmente variano secondo una dinamica di proporzione diretta. Non si tratta ovviamente di una "legge universale". Secondo *l'id quod plerumque accidit* "meno" l'agente "vuole" l'evento e minore sarà la chiarezza, la lucidità, la precisione della previsione; "più vuole" l'evento più chiara sarà la rappresentazione. Nel dolo intenzionale, in particolare, l'autore non solo prevede il risultato della sua azione ma lo descrive, lo disegna, lo caratterizza, lo inquadra, in funzione di molteplici "istanze", in quella volontà pianificatoria²³ che, oltre ad essere (ovviamente) intenzione di realizzare un obiettivo, è rappresentazione e volontà di rappresentazione²⁴. Non è in

¹⁹ G. P. DEMURO, *Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione*, nota a Sez. Unite, 26 novembre 2009, n. 12433, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 300.

²⁰ S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 92.

²¹ S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., p. 8.

²² Come per gli altri "grandi" plessi della elaborazione teorica giuspenalistica (si pensi alla colpa, alla causalità, al concorso di persone nel reato), anche nella letteratura del dolo eventuale si avverte l'influenza metodologicamente fuorviante di riferimenti casistici estremi (rarissimi se non unici), da laboratorio. «Meno dogmatica ... ma più impegno critico, meno sapienza scientifica, ma più sensibilità politica; meno tecnicismo esecutivo ma più concretezza e ragionevolezza nella indicazione della soluzione dei problemi»: G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, t. 1°, IX ed., Bari-Roma, Laterza, 2004, p. VI. Anche alla luce di questa indicazione, appare indispensabile ponderare la riflessione sui casi limiti con la doverosa attenzione al limite dei casi. Certo, le critiche di sottigliezza malsana e astrattezza inutile – così già A. FRIEDRICH, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, XVI ed., Leipzig, 1898, p. 16 – sono ricorrenti nella letteratura, che, del resto, per la sua stessa natura "speculativa", sconta una prespiobia congenita nei confronti della *law in action* e, quindi, nella prospettiva della "pratica" rischia sempre di apparire vaporosa (e, magari, futile). È un fatto, in ogni caso, che molto spesso la dottrina ha utilizzato esempi "fecondati in vitro", preferendo ricorrere all'aneddotica della letteratura tedesca anche quando avrebbe potuto offrire riferimenti calzanti alle tesi da illustrare attingendo alla ponderosa casistica dei tribunali e delle corti nazionali (e non) sul rapporto tra colpa con previsione e dolo eventuale.

²³ S. PROSDOCIMI, op. cit., p. 33.

²⁴ È anche per questa ragione che il dolo intenzionale non richiede un livello qualificato di possibilità dell'evento. L'incertezza del risultato intensamente voluto dall'autore tramuta la corrispondente speranza che l'evento si verifichi nella rappresentazione (e deliberazione) delle misure volte ad incrementare le chance di successo. Per converso, è consistente l'orientamento della letteratura penalistica (si pensi alla prima formula di Frank) che circoscrive il dolo eventuale alla rappresentazione di livelli di probabilità molto alta dell'evento.

discussione il dogma secondo cui la volontà si fonda sulla previsione; è in discussione la semplicistica lettura dei due aspetti del dolo che si limita a considerare quello intellettuale *conditio sine qua* di quello volitivo senza riconoscere le ben più articolate reciproche interferenze. Tra le altre, la regolarità per cui più è definito l'obiettivo della condotta maggiori sono gli elementi per ricostruire l'atteggiamento dell'autore nei confronti dell'evento del reato; al contrario, più l'obiettivo della condotta è generico o indefinito e maggiori saranno le difficoltà di accertamento del dolo. In altri termini. Meno la condotta dell'autore era plasmata dall'intenzione di realizzare un risultato precisamente individuato (non necessariamente l'evento del reato) e meno definito sarà il «correlato ontologico» della volontà²⁵.

La circolazione stradale propone semplificazioni efficaci dei "quadri di vita" sottesi a queste considerazioni.

Sono state riferite al dolo intenzionale la c.d. vendetta stradale, ovvero, l'utilizzo dell'autovettura quale arma (come qualsiasi altra) di una volontà omicidiaria pianificata e realizzata, appunto, mediante l'inseguimento, l'investimento e l'arrotonamento della vittima²⁶. Emblematica del dolo diretto (perlomeno secondo la definizione della sentenza Thyssen) è la condotta del conducente di un TIR che, nell'esecuzione di una manovra irregolare di conversione ad «U», dopo avere travolto un'autovettura che restava incastrata con la parte anteriore sotto quella posteriore del semirimorchio, allo scopo di provocarne il distacco e darsi quindi alla fuga, eseguiva manovre di trascinalamento (per oltre cento metri) e retromarcia dalle quali derivava la morte del conducente²⁷. In questo caso, l'evento letale non è l'obiettivo perseguito dall'autore ma è il pressoché inevitabile esito di una condotta lucidamente orchestrata in funzione dello scopo di eludere le responsabilità del sinistro. Nel primo caso l'agente guida per uccidere. Nel secondo uccide alla guida per un obiettivo diverso la cui realizzazione non è possibile nelle circostanze del caso senza realizzare l'evento mortale. Vale lo stesso per altre fattispecie analoghe nei tratti essenziali: quella dell'automobilista che, dopo aver investito ad elevata velocità un passante mentre attraversava le strisce pedonali, lo travolgeva provocandogli la morte per arrotonamento dopo che la vittima aveva perso la presa del paraurti al quale si teneva per cercare di salvarsi dalle manovre zigzaganti dello stesso colpevole²⁸; quella dell'autista di un grosso furgone rubato che non si fermava ad un posto di blocco e, dopo aver tentato di investire un carabiniere e avere imboccato l'autostrada, cagionava la morte di un militare e il ferimento di un altro, speronando la volante nella quale si trovavano a

²⁵ M. RONCO, *La riscoperta della volontà del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1964.

²⁶ Cass. pen. Sez. V, 5 novembre 2004, n. 49373, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Cass. pen. Sez. I, 28 marzo 2008, n. 15587, *ivi*; Cass. pen. Sez. I, 5 febbraio 2013, n. 11561, *ivi*; Cass. pen. Sez. I, 10 aprile 2015, n. 30096, in *www.italgiure.giustizia.it*.

²⁷ Cass. pen. Sez. feriale, 24 luglio 2008, n. 40878, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

²⁸ Corte Ass. Milano, 16 luglio 2009, in *D&G*, 2010, p. 766, con nota di F. AGNINO, *Colpa cosciente e dolo eventuale in tema di sinistri stradali*.

bordo²⁹. In bilico tra il dolo intenzionale e il dolo diretto, si colloca il caso del conducente che causava la morte di due motociclisti tagliando loro la strada per impedire di essere superato mentre sopraggiungevano a velocità elevata ³⁰. Al dolo eventuale, invece, è stata riferita la c.d. vicenda Ignatiuc: l'imputato, sprovvisto di patente di guida, conducendo ad alta velocità un furgone rubato mentre era inseguito da una "pantera", dopo avere oltrepassato una serie di incroci semaforizzati, nonostante il "rosso" e condizioni di traffico particolarmente intenso, in concomitanza con l'ultimo attraversamento, si scontrava con un'autovettura che viaggiava regolarmente nel proprio senso di marcia, provocando la morte di uno dei passeggeri e il ferimento degli altri³¹. Torneremo su questo caso per ulteriori riflessioni. Per ora è sufficiente sottolineare l'evidente differenza rispetto alle fattispecie accennate in precedenza. L'obiettivo dell'autore appare molto generico, così come appare indefinita la strategia per realizzarlo. Manca l'aspetto del coordinamento, il nesso di strumentalità, tra l'evento omicidiario e la prosecuzione della fuga. Il risultato letale non è il mezzo perché la fuga prosegua ma l'effetto collaterale di una condotta piuttosto caoticamente protesa verso l'obiettivo che l'autore si è dato, per lo più agendo d'impeto. È ragionevole presumere che l'imputato si fosse rappresentato la probabilità di un sinistro, per lo meno quale mero tipo di evento e, allo stesso modo, ma indirettamente, un esito lesivo o mortale. Di sicuro, l'autore, a differenza dei casi precedenti, non aveva la consapevolezza di travolgere un'autovettura piuttosto che un'altra un automobilista o un passante piuttosto che un altro. La rappresentazione – se c'è stata – è pallida, anche perché opaca sembra essere stata la volontà.

d) Un quarto aspetto di specifica difficoltà dell'accertamento fa capo ad una sorta di doppia regolarità: quanto più lo scopo dell'autore è illecito tanto più l'euristica dei coefficienti psicologici sarà sottoposta alla pressione del *versari in re illicita*; altrimenti se l'autore agiva in vista di un obiettivo di per se lecito a fare pressione sarà il tessuto di regole cautelari che disciplina l'attività entro la quale si colloca la condotta. In un caso la responsabilità dell'autore sarà in bilico tra l'art. 586 c.p. e il dolo eventuale, nell'altro tenderà a prevalere lo schema dell'imputazione colposa.

²⁹ Cass. pen. Sez. I, 30 marzo 2010, n. 23795, in *www.iusexplorer.it*. Cfr. ancora Trib. Roma, sez. VIII, 16 novembre 2007, in *Giur. mer.*, 2009, p. 431.

³⁰ Cass. pen. Sez. I, 11 febbraio 2015, n. 8561, in *www.italggiure.giustizia.it*. In una vicenda fattualmente simile la Corte ha concluso per l'applicazione del combinato disposto degli artt. 610 e 586. Cfr. Cass. pen. Sez. V, 23 novembre 2015, n. 11908, *ivi*.

³¹ Cass. pen., sez. I, 1 febbraio 2011, n. 10411, in *www.italggiure.giustizia.it* (annullamento con rinvio alla Corte di Assise di Appello); Cass. pen. Sez. V, 27 settembre 2012, n. 42973, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*. Quest'ultima sentenza precisa che la pronuncia precedente non aveva inteso affermare un generale principio di configurabilità del dolo eventuale nei reati connessi alla circolazione stradale ma il principio secondo il quale ci si trova «in presenza di dolo eventuale quando chi agisce si rappresenta come seriamente possibile (ma non come certa) l'esistenza di presupposti della condotta ovvero il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione e, pur di non rinunciare all'azione e ai vantaggi che se ne ripromette, accetta che il fatto possa verificarsi, decidendo di agire "costi quel che costi", mettendo cioè in conto la realizzazione del fatto».

Ancora una volta la casistica della circolazione stradale offre un'eseemplificazione particolarmente efficace. Alla soluzione del caso Ignatiuc, che fuggiva, guidando imprudentemente, per cercare di sottrarsi all'inseguimento di una volante, si contrappone quella di una vicenda analoga risolta dalla Suprema Corte riconoscendo la colpa con previsione in luogo della originaria contestazione a titolo di omicidio doloso. È il caso del conducente che, in stato di ebbrezza, viaggiando a velocità elevata su di un'autovettura che poco prima aveva rubato, sormontava un marciapiede provocando quattro morti e due feriti³². È difficile stabilire se si tratta di uno dei tanti fallimenti nomofilattici della Suprema Corte oppure la differenza tra le due decisioni è determinata dalla circostanza che solo nel primo caso era in atto un inseguimento. Non sembra trattarsi di un elemento di per sé significativo di una diversa conformazione dell'aspetto soggettivo del reato se non nella prospettiva appena segnalata: nel caso Ignatiuc l'obiettivo della fuga è non solo quello di allontanarsi rapidamente dal *locus commissi delicti* ma anche quello di sottrarsi all'incalzante azione delle forze dell'ordine. Una differenza che forse spiega ma non giustifica di per sé sola il passaggio dal dolo eventuale alla colpa con previsione ma, ad ogni modo, rende conto di un'ulteriore specifica difficoltà di accertamento del dolo eventuale che presenta ancora un ulteriore risvolto.

e) Quinto aspetto. Affermare che il giudizio sul "fatto psichico" del delitto doloso deve riferirsi ad elementi squisitamente(/esclusivamente) soggettivi/personali, non significa affatto sostenere che "tutto" il dolo dev'essere impermeabile ad elementi di ordine normativo ma solo riconoscere che questi – che pure colgono uno "zoccolo" non eludibile dell'*eventualvorsatz* – non possono e non devono surrogare l'indagine sulla "sostanza psicologica" della previsione e della volontà³³.

Occorre, in particolare, che il giudice circoscriva per quanto è possibile le (altrettanto) indispensabili astrazioni³⁴ replicando ciò che l'autore al momento del fatto

³² Cass. pen. Sez. IV, 3 luglio 2012, n. 39898, in www.italgiure.giustizia.it. Allo stesso modo una vicenda analoga è stata decisa dal G.U.P. del Trib. Milano con sent. del 4 aprile 2012 (cfr., sul punto, A. AIMI, [Escluso il dolo eventuale in relazione ad incidente automobilistico cagionato da un soggetto in fuga dalla polizia](#), in *questa Rivista*, 18 maggio 2012) in ragione dell'adozione da parte dell'imputato di cautele volte ad evitare il rischio di cagionare un incidente (lampeggiamento con i fari abbaglianti e diminuzione della velocità in prossimità dell'incrocio), dell'evidente sproporzione tra i rischi correlati all'arresto e quelli correlati all'incidente (anche in relazione al fatto che l'autovettura utilizzata non era tale da offrire una protezione particolare in caso di impatto, della durata assai ridotta della condotta di fuga (non idonea a sostenere una precisa ponderazione), nonché della ragionevole speranza, raggiunta dall'imputato, di poter evitare l'evento lesivo (considerando la quasi totale assenza di traffico al momento della condotta). Sorprendentemente (?) i due passeggeri minorenni sono stati condannati per concorso in omicidio doloso dalla Corte di Assise per i minorenni di Milano.

³³ Così per tutti S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 22-23.

³⁴ È una tensione efficacemente decifrata da F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., pp. 36-37: «Quando si parla di una logica resistenza del dolo alle presunzioni, occorre precisare a quali presunzioni ci si riferisce: poiché da un lato il prevalente substrato naturalistico del dolo costituisce un ostacolo alle presunzioni legali, dall'altro tutto il processo di accertamento del dolo si inquadra nello schema delle *praesumptio hominis seu iudicis*», che, tuttavia, «non significa esclusione di ogni ricerca (come la presunzione assoluta), ma l'avvio

“poteva” conoscere e “fare”: un’astrazione riferita al *quam suis, illo tempore*, una sorta di “tal quale”, di avatar, dell’autore stesso, nelle circostanze in cui agì *hic et tunc*³⁵. Nonostante le somiglianze, bisogna evitare di confondere questo paradigma con quelli relativi alla concretizzazione/individualizzazione del giudizio colposo. In quest’ultimo caso, il parametro della dosimetria è un agente-modello, nel secondo, un modello di agente, privo di valenza prescrittiva/deontologica, la traccia di uno schema euristico che, per un verso, implementa nell’accertamento del fatto psichico doloso il ricorso (imprescindibile) alle astrazioni, per l’altro, ammette (per quanto è possibile) solo quelle non presuntive immediatamente riferibili al fatto commesso dall’agente.

È una prospettiva euristica non priva di rischi: lo slittamento dell’indagine sul fatto psichico dell’autore verso quella sull’autore del fatto³⁶; l’affermazione di «parametri troppo indeterminati di prova» e, quindi, decisioni giudiziali «imprevedibili e incontrollabili»³⁷.

f) E, infine, un’ultima specifica criticità. Il *dolus eventualis* può sottoporre l’elemento soggettivo ad «un’analisi motivazionale scarsamente adatta al processo penale» (quello che «comunque oggi possiamo gestire»), mentre «nel dolo intenzionale e diretto, dove il fine è ben più certo e dirimente, tali problemi sono meno evidenti»³⁸. L’intenzione, infatti, come si dice nel gergo informatico, di solito “fa rumore”, lascia, cioè, specifiche tracce “materiali” più o meno evidenti, mentre non si può dire

di essa su quello che è l’unico binario possibile, per la natura intrinseca dell’elemento psichico» (*ivi*, pp. 46-47)

È in ogni caso inaccettabile l’elaborazione teorica di chi, come K. MARXEN (*Straftatsystem und Strafprozess*, Berlin, 1984, p. 358 in part.), applica alla relazione tra *eventualvorsatz* e *bewußte fahrlässigkeit* lo schema regola/eccezione – di per sé in attrito con il principio di *unschuldsvermutung* – nel quale l’onere probatorio dell’accusa è circoscritto alle situazioni normali, salvo che particolari circostanze giustifichino l’estensione dell’accertamento anche alle eccezioni. Secondo l’autore la colpa cosciente è la situazione normale, l’eccezione il dolo eventuale. Provata l’una è data la prova dell’altro. Per provare il dolo eventuale all’accusa, quindi, basta dare la prova della *bewußte fahrlässigkeit* mentre alla difesa spetta il compito di dimostrare che il dolo eventuale non sussiste (nonostante la colpa con previsione).

³⁵ Cfr. per tracce di questa impostazione G. P. DEMURO, *Il dolo. L’accertamento*, cit., pp. 184-185; M. MASUCCI, voce *Dolo (accertamento del)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. CASSESE, III, Milano, 2006, p. 2043 (che sottolinea, in particolare, l’esigenza che l’accertamento sia caratterizzato da due note: individualità e concretezza).

³⁶ Cfr. per una rapida ricognizione del *dolus eventualis* come manifestazione di *Gesinnungsstrafrecht* nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* M. MAIWALD, *Ai confini tra dolo e colpa (Germania)*, in *Casi di diritto penale comparato*, a cura di J. PRADEL/A. CADOPPI, Milano, 2005, p. 31. Anche in relazione a queste prospettive è consistente, presso la letteratura tedesca, la tendenza a ricostruire la tipicità del fatto doloso, restringendo l’asset prevalente dell’accertamento sul versante oggettivo. Così tra gli ultimi J. BUNG, *Wissen und Wollen im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 2009, p. 300 (in part.).

³⁷ M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l’elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2575. Queste considerazioni concorrono a giustificare il divieto della prova tecnico-scientifica diretta ad accertare «il carattere e la personalità dell’imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche»; in deroga al c.d. *total evidence principle* e al costo indicato da Jeremy Bentham «(evidence is the basis of the justice:) to exclude evidence is to exclude justice». Cfr. sul tema M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2006, p. 144.

³⁸ Lo ricorda negli studi relativi al tema del dolo eventuale ad es. M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., p. 41.

altrettanto del dolo eventuale che, “di regola”, non produce specifici affioramenti sensorialmente percepibili ma si fonde e confonde con elementi spesso ambigui o comunque polivalenti come il rischio o una situazione di dubbio, compatibili anche con la colpa.

4. Difficoltà irrisolte. Difficoltà irrisolvibili?

Sono difficoltà gravi, in parte irrisolte, forse irrisolvibili. Certo, oggi, sarebbe ingeneroso ripetere il tranciante giudizio di Hassemer che alla fine degli anni ottanta non scorgeva negli studi sul dolo «alcun progresso» sul piano della «concretizzazione e funzionalizzazione»³⁹. Si farebbe torto agli importanti contributi della letteratura penalistica e della giurisprudenza che da allora hanno esplorato in profondità il tema dell'accertamento del dolo, quello eventuale in particolare, contrastando, più o meno efficacemente, la prassi – un tempo predominante⁴⁰ – di relegare sullo sfondo tutte le questioni attinenti alle componenti psicologiche del reato, attraverso un sistema più o meno larvato di presunzioni⁴¹. Prima ancora che fosse adottata la legge cd. Pecorella, la letteratura penalistica si era già impegnata a fondo⁴² nella prospettiva di supportare

³⁹ W. HASSEMER, *Kennzeichen des Vorsatzes*, cit., p. 494. In termini, in precedenza, H. HENKEL, *Die “Praesumptio Doli” im Strafrecht*, in *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, a cura di P. BOCKELMANN/W. GALLAS, Göttingen, 1961, p. 581.

Nella letteratura spagnola, condivide questo giudizio E. HAVA GARCÍA, *Dolo eventual y culpa consciente. Criterios diferenciadores*, in *ADP*, 2003, p. 111 secondo il quale l'imponente e complessa discussione sulla frontiera tra dolo eventuale e colpa con previsione non ha ancora risolto la questione del contenuto dell'elemento cognitivo e volitivo del dolo. Per una considerazione meno tranciante e, per certi versi, speculare che sottolinea come il lavoro in filigrana sul piano del diritto sostanziale è vanificato dall'assenza di una disamina dei precipitati processual-probatori delle stesse elaborazioni teoriche W. FRISCH, *Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion*, in *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, a cura di K. GEPPERT/D. DEHNIKE, Berlin/New York, 1990, p. 553. Cfr. in part. H. VEST, *Vorsatznachweis und materielles Strafrecht*, Bern/Frankfurt am Main/New York/Paris, 1986, p. 70; K. VOLK, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, Ebelsbach, 1978, pp. 39 e ss. (in part.).

Nella letteratura processual-penalistica cfr. in tal senso, in part., L. MARAFIOTI, *Appunti in tema di dolo e regime della prova*, in *Giur. it.*, 2002, I, c. 653 (che esorta gli studiosi del diritto penale sostanziale a «fare in qualche modo sì che le figure del dolo provenienti dalla reale dogmatica vadano al di là di mere “ombre cinesi” proiettate sul lenzuolo bianco dell'accertamento indiziario, restando espressione di una reale dinamica probatoria impermeabile a sofisticate, ancorché garantistiche, ricostruzioni»). Anche questa, però, sembra essere una carenza superata negli studi più recenti: il tema dell'accertamento (quello processuale, ma non solo), dopo una lunga fase in cui ha rappresentato una sorta di appendice allo studio dei due momenti fondamentali della struttura e dell'oggetto», oggi ha assunto una nuova veste in cui si affianca paritariamente a questi due stadi: «l'accertabilità processuale acquista dunque una funzione selettiva della sostenibilità dei concetti teorici, che dipenderà (e non solo per il dolo) dalla loro verificabilità empirica». Così G. P. DEMURO, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁰ Si pensi alla massima «in materia di diffamazione non è ammessa indagine sul dolo»: Cass. pen., 10 febbraio 1930, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1930, p.562.

⁴¹ M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati*, 1951-1952, p. 134.

⁴² Nella presentazione di una raccolta di contributi sul dolo eventuale, si legge che il «filo conduttore» delle relazioni (e – si può aggiungere – di larghissima parte della letteratura penalistica sul tema degli ultimi

l'«argine epistemico» del “ragionevole dubbio” mediante la «definizione di una struttura di sostegno, di uno scheletro ... sul quale fissare gli elementi del fatto che nel processo devono dare corpo alla regola»⁴³ e, così, «restituire succo e sangue al principio di colpevolezza»⁴⁴. Un impegno “strategico” per un diritto penale che si concepisce come scienza delle garanzie in un contesto che vede il processo allontanarsi dal dogma (puramente illuministico) di Hermann Ulrich Kantorowicz⁴⁵ ed ergersi quale glossatore (più o meno subdolo) di una tipicità soggettiva che si discosta dal profilo iscritto nel codice penale⁴⁶.

trent'anni) – è «la comune ravvisata esigenza di interrompere la deriva normativistica che ha invaso il terreno del dolo... L'oggettivizzazione del dolo eventuale, identificato sulla quantità del rischio che il soggetto è disposto a far correre al bene giuridico, rappresenta il prodotto più vistoso della deriva contro la quale si stanno dichiaratamente alzando poderosi margini, tutti costruiti – con varie coloriture – attorno alla necessità del recupero della dimensione volontaristica del dolo»: D. BRUNELLI, *Presentazione*, in *Il mistero del dolo eventuale*, cit., p. VIII.

⁴³ S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., p. 971.

⁴⁴ G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della “imputazione oggettiva dell'evento” e trasfigurazione della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 3 (ora anche in G. MARINUCCI, *La colpa. Studi*, Milano, 2013, p. 329).

⁴⁵ Sul quale riferisce T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, pp. 528-529: «la posizione di un sistema legale di valori tutelati è compito esclusivo del legislatore, e termina con l'emanazione di una norma generale e astratta, che conclude la fase politicamente qualificata delle scelte di valore. Da questo istante il ciclo della produzione giuridica si sviluppa meccanicamente, attraverso un “apparato di trasmissione” che assume carattere servente e natura essenzialmente dichiarativa». La realtà – prosegue l'insigne Maestro – è diversa: il processo non è più il servo muto del diritto penale (sostanziale) ma un socio tiranno. In termini E. SCHMIDHÄUSER, *Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins*, in *Beiträge zur gesamte Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, a cura di H. MAYER/F. GEERDS/W. NAUCKE, Berlin, 1966, p. 331: «Il concetto di reato e dei suoi singoli elementi non deve orientarsi secondo la sua dimostrabilità processuale: piuttosto il concetto di reato e dei suoi singoli elementi determina su che cosa ha da dirigersi l'attività probatoria» (la citazione è tratta da G. P. DEMURO, *op. cit.*, p. 188).

⁴⁶ Cfr. sul tema P. ASTORINA, *Verità e problemi d'imputazione soggettiva nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 924. Molto puntuale l'osservazione di S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata dal sistema penale*, Napoli, 2007, p. 187 («Sul piano sostanziale la categoria della colpevolezza, una volta enucleata concettualmente, si è rapidamente evoluta, fino a toccare il limite del proprio superamento, sviluppandosi in forme sempre più sofisticate e aumentando in maniera esponenziale il suo peso all'interno della costruzione del concetto di reato sul piano dogmatico; sul versante processuale, invece, si è manifestata una tendenza inversamente proporzionale: più la colpevolezza si arricchiva di contenuti e di significati e affinava il suo profilo teorico, più il processo sembrava ‘affannare’ nel tenerle dietro»). Sul tema con specifico riferimento al dolo cfr. ancora M. PIERDONATI, *Struttura del dolo e meccanismi di formazione della prova*, in *Responsabilità penale e scorciatoie probatorie*, Atti dei seminari di Roma 27 marzo – 3 aprile 2006, a cura di L. MARAFIOTI/M. MASUCCI, Torino, 2006, p. 41; S. FIORE, *Il dolo*, in *La prova dei fatti psichici*, cit., p. 53. Nella letteratura tedesca, ad es., H. VEST, *Vorsatznachweis und materielles Strafrecht*, cit., p. 70. Più in generale, D. PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 951; G. LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI/C. E. PALIERO, t. 1°, Milano, 2006, p. 406; V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale «senza prova»*. *Strutture e trasformazione del diritto e del processo penale*, Reggio Calabria, 2008; C. SOTIS, *Qualche osservazione sui concetti penalistici, tra legittimità sostanziale e fruibilità processuale*, in *La prova dei fatti psichici*, cit. p. 295.

5. Il modello di accertamento ibrido/modulare. Dalle massime di esperienza agli indicatori e contro-indicatori del dolo eventuale. La c.d. sentenza Thyssen.

Ciò non toglie, però, che i “modelli” di accertamento elaborati sinora dalla letteratura penalistica e dalla giurisprudenza non offrano “prestazioni” del tutto appaganti, siano essi quelli generali (che si riferiscono al dolo qualunque sia la forma in cui si manifesta), specifici (del dolo eventuale) o ibridi/“modulari” (adattabili alle diverse forme del dolo variando la piattaforma di elementi che li compongono), cui da ultimo ha dato grande impulso la monumentale sentenza delle Sezioni Unite sul c.d. caso Thyssen⁴⁷.

Il paragrafo 51 della decisione elenca undici contrassegni (o indizi) del dolo: la condotta che caratterizza l'illecito; la lontananza della condotta standard; la personalità, la storia e le precedenti esperienze dell'autore; la durata e la ripetizione della condotta; la condotta successiva al fatto; il fine della condotta, la sua motivazione di fondo e la compatibilità delle conseguenze collaterali (la congruenza, cioè, del “prezzo” connesso all'evento non direttamente voluto rispetto al progetto d'azione); la probabilità di verificazione dell'evento; le conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verificazione dell'evento; il contesto lecito o illecito; gli stati affettivi, emozionali, l'ottimismo, il pessimismo; il controfattuale alla stregua della prima formula di Frank.

«Di certo – si legge nella stessa parte della motivazione – il tema dell'accertamento del dolo eventuale mette in campo la figura del giudice. Questi potrà affrontare un'indagine tanto delicata e difficile ... solo se abbia matura consapevolezza del proprio ruolo di professionista della decisione; e sia determinato a coltivare ed esercitare i talenti che tale ruolo richiedono: assiduo impegno a ricercare, con le parti, i fatti fin nei più minuti dettagli; e ad analizzarli, soprattutto, con un atteggiamento di disinteresse, cioè di purezza intellettuale che consenta di accogliere, accettare senza pregiudizi il senso delle cose; di rifuggire da interpretazioni precostituite, di maniera; di vagliare e ponderare tutte le acquisizioni con equanimità».

Un appello un po' “deamicisiano” che, nei termini formulati dalla Corte, ha tanto il sapore di una confessione di impotenza, di irrisolvibilità del problema.

Nulla di nuovo sotto il sole, in ogni caso. Già nel diritto intermedio le presunzioni di dolo venivano declinate in una lunga casistica di indici che, a grandi linee, sono in parte sovrapponibili con quelli della sentenza Thyssen. Farinaccio, ad esempio, nel 1605 scriveva «*dolus praesumitur ex qualitate personarum: insolito delinquere; ex qualitate facti...; ex qualitate temporis; ex mendacio; ex violenza; in actu gesto; ex actu qui agenti non prodest et alteri non nocet*»⁴⁸.

Nella letteratura tedesca ad es. K. PETERS, *Die Strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses (Antrittsvorlesung an der Universität Tübingen gehalten am 11. Juni 1963)*, Tübingen, 1963.

⁴⁷ Cass. Pen. SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

⁴⁸ La citazione è tratta da F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 11, nt. 18.

Ora come allora si tratta di meta-massime di esperienza, secondo le quali in base a ciò che di regola accade non si risale direttamente alle due articolazioni della sostanza psicologica del dolo (la previsione e la volontà) ma vengono individuati i contrassegni che di solito consentono di dirimere l'alternativa dolo eventuale/colpa con previsione. Non si segnala un fatto che – secondo la comune esperienza – è sintomatico del dolo eventuale o della colpa con previsione; si segnala una situazione/circostanza/elemento fattuale che consente di rintracciare un (ante)fatto il quale (sempre secondo la comune esperienza) è sintomatico del dolo o della colpa con previsione. A dispetto della denominazione corrente di questa teoria è un po' come nel rapporto tra un incrocio e i segnali di direzione. Gli indicatori del dolo segnalano l'esistenza del bivio colpa con previsione/dolo eventuale, affidando al giudice (o all'interprete della fattispecie) il compito di stabilire in quale delle due direzioni ricorre l'una o l'altro. L'agenda della sentenza c.d. Thyssen in definitiva lascia nelle mani del giudice sia il compito di scegliere «le circostanze rilevanti ai fini della prova indiziaria» sia «la valutazione della loro rilevanza»⁴⁹.

Gli indicatori del dolo più che criteri probatori si propongono quali *check point* della motivazione. In bilico tra *case law* e *law of case* al giudice viene proposta una traccia per spiegare più che per assumere la decisione. Fluidità, intercambiabilità, genericità dei criteri non vincolano la decisione, consegnando, senza (o quasi) rete, la formazione del libero convincimento sul dolo eventuale al convincimento libero del giudice⁵⁰. Nonostante il susseguirsi di decisioni differenti, sembra valere per la sentenza della Cassazione riunita la disincantata e lungimirante conclusione di uno dei commenti più profondi della prima pronuncia della tragica vicenda Thyssen: l'impressione è «che neppure la più recente e consapevole elaborazione giurisprudenziale del dolo eventuale sfoci in esiti decisori sicuri e rassicuranti. Sembra in realtà ricevere conferma il sospetto che i criteri di determinazione del dolo eventuale, di volta in volta esplicitati nella prassi giudiziaria, assolvano una funzione prevalentemente retorica che copre, più di quanto non riveli, la effettiva *ratio decisoria*»⁵¹.

6. Conclusione (interlocutoria). *Fuzziness* del dolo eventuale vs *hardness* della formula BARD.

⁴⁹ H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli" im Strafrecht*, cit., p. 579. Trascorrendo dalle similitudini alle analogie questo modello di accertamento presenta corrispondenze con quello dell'art. 133 c.p., miscela di "ecclerismo" teorico e olismo/(nihilismo) prescrittivo che non ha dato certo risultati brillanti.

⁵⁰ Senza «stringenti regole, il libero convincimento del giudice ha la incontenibile tendenza a diventare un grimaldello che apre la porta solo ad esternazioni dell'arbitraria sua 'intima convinzione'» G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1041

⁵¹ G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, cit., p. 161.

Sia quale elemento dell'ente reato sia quale elemento della fattispecie processuale oggetto di accertamento, il dolo eventuale è un tema tipicamente *fuzzy*⁵², come altri *cross-border-line*⁵³, in bilico tra precipizi gnoseologici, abissi assiologici e, soprattutto, fallimenti euristici.

La *fuzziness* del dolo eventuale appare inconciliabile con l'*hardness* della formula BARD.

Il dolo eventuale è tra le più acuminata spine nel fianco della regola BARD⁵⁴, cui, senza indulgere in atteggiamenti di «rassegnato distacco» o di «paralizzante pessimismo»⁵⁵, con un approccio di “umano realismo”⁵⁶ non si può chiedere «più di quanto essa possa offrire»⁵⁷.

⁵² La logica *fuzzy* apre alle nozioni che possono reciprocamente sovrapporsi e sfumare l'una nell'altra, assumendo, per un verso, che il “collante” dei concetti non è il loro confine ma il loro centro gravitazionale, per l'altro, che la “gravità” dell'uno possa incrociarsi con gli influssi di altri centri gravitazionali. Cfr. G. P. DEMURO, *op. ult. cit.*, p. 54. Vedi anche J. M. S. SANCHEZ, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 58-59. Ivi ampi riferimenti alle opere di L. PHILIPPS, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Fuzzy Logic*, in *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann*, a cura di F. HAFT/W. HASSEMER/U. NEUMANN/W. SCHILD/U. SCHROTH, Heidelberg, 1993, p. 265; Id., *Ein bißchen Fuzzy Logik für Juristen*, in *Institutionen und Einzelne im Zeitalter der Informationstechnik: Machtpositionen und Rechte*, a cura di M. T. TINNEFELD/L. PHILIPPS/K. WEIS, München, 1994, p. 219.

⁵³ La *fuzziness* del dolo eventuale è la *fuzziness* della colpa con previsione. O meglio, la *fuzziness* del dolo eventuale e della colpa con previsione è la *fuzziness* della sfuggente e cangiante linea d'ombra che separa le due forme salienti della colpevolezza.

⁵⁴ C. E. PALIERO, *Il “ragionevole dubbio” diventa criterio*, in *Guida al diritto*, 2006, p. 83.

⁵⁵ C. PIERGALLINI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁶ H. PUTNAM, *Realism with a Human face*, Cambridge – London, 1992. Cfr. per ampi riferimenti alla concezione dell'autrice A. PIERPAOLO, *Verità e problemi d'imputazione soggettiva nel diritto penale*, cit., p. 933.

⁵⁷ C. PIERGALLINI, *La regola dell'“oltre ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 633; G. P. DEMURO, *op. ult. cit.*, p. 166.