

Dolo

Dolo eventuale in formato vecchio stile nella più recente giurisprudenza della Cassazione

Patrizia Morello

La decisione

Dolo eventuale e colpa con previsione - Criterio distintivo - Possibilità in astratto e in concreto - Determinazione di agire “ad ogni costo” - (C. p. art. 43, art. 589)

La linea di demarcazione tra dolo eventuale e colpa con previsione è ravvisabile nel fatto che nel primo caso l'agente si rappresenta la concreta possibilità della realizzazione del fatto, così accettandone il rischio, mentre nel secondo l'agente si rappresenta l'astratta possibilità della realizzazione del fatto, accompagnata dalla sicura fiducia che in concreto esso non si realizzerà. L'accettazione del rischio, compatibile con uno stato di dubbio, delinea quindi la distinzione rispetto all'ipotesi della colpa con previsione, ravvisabile in capo al soggetto che, confidando nella non verifica del reato, supera il dubbio con una previsione negativa.

CASSAZIONE PENALE, I SEZIONE, 1 AGOSTO 2012 (ud. 14 febbraio 2012) - BARDOVAGNI, *Presidente* - MAZZEI, *Relatore* - IACOVIELLO, *P.G.* (conf.) - SPACCAROTELLA, *ricorrente*.

La motivazione della decisione annotata può essere consultata liberamente sul sito web archiviopenale.it

Il commento

1. La sentenza in commento¹ si segnala per avere utilizzato, al fine di distinguere tra dolo eventuale e colpa con previsione, un orientamento risalente. Proposto dalla giurisprudenza e dalla manualistica più diffuse, di fatto si fonda esclusivamente sulla formula della accettazione del rischio di cagionare l'evento. In altri termini, posta la rappresentazione dell'evento a fondamento del dolo eventuale, quest'ultimo ricorrerebbe quando il soggetto non si rappresenti l'evento come certo, ma soltanto come “concretamente possibile”².

¹ Per un primo commento, cfr. A. DE FRANCESCO, *Sentenza Spaccarotella: risponde a titolo di dolo eventuale l'agente che agisce nonostante la previsione dell'evento delittuoso*, in *Dir. giust.*, 2012, 680.

² È chiaro che non può confondersi l'intensità della rappresentazione con la convinzione nutrita dall'agente circa le “chances” di successo della sua stessa azione.

Dal solo momento conoscitivo discenderebbe in del tutto via automatica l'accettazione del rischio di un evento. Laddove si avrebbe colpa con previsione allorquando l'autore del fatto, che si è rappresentato l'astratta possibilità di cagionare l'evento, ha poi escluso tale eventualità ed ha agito con la convinzione che non si sarebbe verificato. In ciò confidando nella propria capacità o in circostanze esterne, a suo giudizio dotate dell'efficacia di scongiurarlo. Così ragionando si finisce per valorizzare il *dubbio* che, ricondotto entro lo spazio riservato al dolo eventuale, si sovrappone a quest'ultimo. La colpa con previsione si segnalerebbe, al contrario, per il superamento del dubbio, sostituito da una sorta di *contro-previsione* di segno negativo, ossia dalla rappresentazione del non verificarsi dell'evento, giustificata dall'affidamento riposto nelle circostanze interdittive. In breve, il criterio dell'accettazione del rischio va di pari passo con la distinzione tra il segno positivo o negativo della previsione³.

Meno frequente è la tendenza a ritenere che il dolo eventuale presupponga il superamento del dubbio e che di conseguenza la condotta sia tenuta *anche a costo* di cagionarlo, così risolutamente accettandolo. Tuttavia, in questo alternativo contesto l'argomentazione si regge sull'idea che la colpa con previsione difetti dell'accettazione dell'evento e si giustifichi per la esclusiva presenza della previsione, ma di segno negativo.

Non è raro poi che la giurisprudenza colleghi il dolo eventuale ad un evento "collaterale" e "diverso" da quello per cui si agisce⁴. Il dolo eventuale darebbe luogo ad una vicenda a "doppio evento". Il primo preso di mira e l'altro, in quanto "aggiuntivo" e per l'appunto eventuale, di natura soltanto collaterale. Conclusione, questa, tanto diffusa, quanto priva di una seria giustificazione in diritto, al punto da apparire una sorta di generalizzato luogo comune. Il dolo

³ Nella giurisprudenza più recente cfr., tra le altre, Cass., Sez. I, 30 maggio 2012, B.I., in *Dir. giust.*, 2012, 15 giugno, 499, con nota di FOTI, *L'automobilista risponderà a titolo di dolo eventuale o di colpa cosciente?*; Id., Sez. V, 27 ottobre 2011, A., *ivi*, 2012, 31 gennaio, con nota di FERRETTI A., *Lesioni personali cagionate dal finto dentista: può scattare il dolo eventuale*, 11; Id., Sez. IV, 18 febbraio 2010, S.L., in *De jure*; Id., Sez. II, 27 febbraio 2009, A.C. ed altro, in *De jure*; Id., Sez. Feriale, 24 luglio 2008, D., in *Cass. pen.*, 2009, 11, 4264. Nella giurisprudenza più risalente, cfr. Cass., Sez. VI, 15 aprile 1998, Pilato, *ivi*, 1999, 3423; Id., Sez. I, 23 ottobre 1997, Held, in *Riv. pen.*, 1998, 342; Id., Sez. IV, 10 ottobre 1996, Boni, in *Cass. pen.*, 1998, 808, nonché Id., Sez. Un., 6 dicembre 1991, Casu e altro, in *Giust. pen.*, 1992, II, 391. Nella manualistica per tutti, cfr. la impostazione proposta da FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI Ed., Bologna, 2010, 370, che presenta il criterio della "accettazione del rischio" come teoria dominante. Già ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V Ed., Milano, 1963, 282, ritiene integrato il dolo eventuale dalla semplice "previsione" dell'evento come possibile, unita all'accettazione del rischio.

⁴ Cass., Sez. I, 15 marzo 2011, n. 10411, in *Cass. pen.*, 2012, 1324 e segg., con nota di NOTARGIACOMO, *Le differenze tra dolo eventuale e colpa con previsione dell'evento*; Id., Sez. II, 27 febbraio 2009, A.C. ed altro, cit.; Id., Sez. IV, 10 febbraio 2009, B.M.G., in *Riv. pen.*, 2009, 7-8, 823.

eventuale, infatti, ben può riferirsi al caso in cui l'agente si rappresenta un unico evento, senza che a questa previsione si accompagni necessariamente anche quella di un evento diverso ma direttamente perseguito.

2. La dottrina ha da tempo evidenziato i limiti e le contraddizioni di un criterio distintivo basato sulla accettazione del rischio. In particolare, si è sottolineata la pregnanza delle espressioni usate dal legislatore nel definire la colpa con previsione⁵. L'art. 61 n. 3 c.p., riferendosi ad un'azione compiuta "nonostante" la previsione dell'evento, utilizza una forma avverbiale che sottolinea il permanere della previsione, non influenzata dalla possibile rimozione del dubbio, né dalla decisione di agire nonostante tutto⁶. Ciò con la conseguenza di ascrivere l'intera area di un dubbio irrisolto, non già al dolo eventuale, bensì alla colpa con previsione. Pertanto, qualora un soggetto decida di agire senza avere superato la propria condizione di incertezza, l'interprete non potrà per ciò solo escludere questa forma aggravata di colpa⁷. Se il carattere dubitativo della previsione, ma soprattutto il mancato superamento del dubbio, implicano l'accettazione del rischio, resta impossibile comprendere in quali casi un simile coefficiente psicologico dia luogo a dolo eventuale anziché a colpa con previsione. In altri termini, date queste premesse, il tanto enfatizzato criterio di distinzione non serve allo scopo per il quale è stato elaborato, proprio perché comune ad entrambi gli istituti che al contrario dovrebbe differenziare. Né ci sembra risolutivo il criterio proposto da quella stessa dottrina che ritiene sussistere dolo eventuale quando il rischio è accettato a seguito di una precisa opzione. Ossia quando l'agente, prospettatosi un fine da raggiungere, percepisce un possibile collegamento causale tra questo e un bene giuridico così esposto al pericolo di un'offesa. Mentre si avrebbe colpa con previsione qualora sia accettato un rischio che si profili quale effetto di un atteggiamento psicologico negligente o imprudente, in altri termini frutto di una sottovalutazione del pericolo. Così ragionando, infatti, si superano i limitati confini della mera accettazione del *rischio*. Ciò perché, ad essere accettato, a questo punto, è il *danno* che, per essere connesso in termini di probabilità al risultato perseguito, si dovrebbe considerare effettivamente *voluto* dall'agente. Si rende

⁵ Cfr. PROSDOCIMI, Dolus eventualis. *Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 28 ss.

⁶ A tale riguardo - ma l'aspetto verrà chiarito meglio in seguito - non è decisivo il richiamo al superamento del dubbio come elemento in grado di contraddistinguere il dolo eventuale.

⁷ Così argomentando, infatti, si dimostra che la decisione di agire è compatibile con la colpa cosiddetta cosciente.

anche evidente come nella colpa con previsione, pur sussistendo l'*accettazione del rischio*, manchi però la *volontà* di subordinare un bene ad un altro⁸. Così dimostrata l'appartenenza dell'accettazione del rischio tanto al dolo eventuale quanto alla colpa con previsione⁹, proprio per questo ne risulta la incapacità a definirne i rispettivi confini.

Ma non basta. Questa formula, imperniata su di una distinzione meramente psicologica, peraltro molto tenue per le note che la caratterizzano, pone insuperabili problemi di accertamento. Tanto è vero che, al di là delle ricostruzioni astratte, la giurisprudenza non attribuisce rilievo determinante alla accettazione del rischio, proprio perché concretamente indimostrabile. Per dare contenuto alla formula, infatti, si finisce con l'utilizzare dati quali la personalità del reo, il movente e il contesto a base lecita o illecita dell'azione. Tutti elementi che, formalmente presentati come meri indici sussidiari, di fatto costituiscono i criteri sui quali poi esclusivamente si basa la qualificazione dell'elemento psicologico¹⁰. Cosa, questa, resa possibile dalla loro "malleabilità" e quindi dalla loro capacità servente rispetto alle più disparate esigenze, anche di natura probatoria. La conferma è data dal fatto che, nei rari casi in cui si ammette la colpa con previsione, ciò avviene utilizzando questi medesimi criteri, in modo perfettamente ambivalente. Così, nel caso che qui ci occupa, la Corte di Assise di Firenze aveva sottolineato la irragionevolezza del movente e la liceità del contesto di base tra gli elementi sintomatici della mancata accettazione del rischio in chiave di esclusione del dolo eventuale.

Su di un piano più generale vi è pure da osservare come l'indimostrabilità della formula dell'accettazione del rischio e particolarmente del segno che la precederebbe, generi una inevitabile riduzione prasseologica dei casi di colpa con previsione, quasi del tutto scomparsi. Ciò a fronte di una dilatazione incontrollata del dolo eventuale, così privato della volontà in senso psicologico. In conclusione questa formula, in quanto incapace di dar conto dell'elemento

⁸ PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, cit., 38.

⁹ In tal senso, di recente, MANNA, *E' davvero irrisolvibile il "mistero" del dolo eventuale?*, in *questa rivista*, 2012, 17 ss.; ID., *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 209 ss., DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione "separata" dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 902 ss.; PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza?*, in *Cass. pen.*, 1991, 322. Cfr. per una sintetica ma efficace proposizione della formula "accettazione dell'evento" per caratterizzare il dolo eventuale rispetto alla mera "accettazione del rischio" della colpa con previsione, PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, 355 ss.

¹⁰ Cfr. per tali rilievi critici D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova"*. *Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, Reggio Calabria, 2008, 148 ss.

della volontà, finisce paradossalmente per dimostrare la difficile ipotizzabilità della stessa categoria del dolo eventuale¹¹.

3. Il nucleo della nota sentenza delle Sezioni Unite ricorrente Nocera¹² consiste nella svolta volontaristica impressa al dolo eventuale. E quindi in una revisione critica della più risalente sua concezione, fondata esclusivamente sul momento rappresentativo. Ossia, per come abbiamo già osservato sopra, su quella componente psicologica comune alla colpa con previsione, sospettata di inidoneità a separare le due categorie. Ciò con l'ulteriore limite costituito dall'obbligato ricorso a presunzioni e automatismi. La previsione comporterebbe l'accettazione del rischio. Da ciò conseguirebbe che colui il quale lo ha accettato, ha indirettamente voluto l'evento. Conclusione cui si giunge sulla base della inespressa considerazione logica secondo la quale in caso contrario l'agente si sarebbe astenuto dall'azione. Non servono approfonditi commenti per spiegare come così facendo il dolo, da criterio di imputazione a contenuto reale si trasforma nel suo esatto opposto, ossia in un elemento psicologico a contenuto ipotetico. In altri termini, in un'imputazione che si regge su congetture che come tali potrebbero risultare del tutto arbitrarie. La volontà, dichiarato ma irraggiungibile obiettivo della formula dell'accettazione del rischio, si risolve così in una finzione. Ciò in quanto si regge su formule sintomatiche asseritamente dimostrative della sua esistenza che a loro volta però richiamano massime di esperienza del tutto equivoche, come tali compatibili anche con sequenze fattuali diverse e alternative. Né al riguardo sono dotate di reale efficacia esplicativa le ulteriori formule secondo le quali il dolo eventuale comporterebbe - a differenza della colpa con previsione - che il dubbio sia stato sciolto in positivo, ossia nella direzione di un agire che proprio per questa ragione dimostrerebbe la sua natura dolosa. L'inganno che si annida in simili percorsi è di tutta evidenza. Sul piano del diritto sostanziale, infatti, così ragionando l'interprete si distacca dalle norme ed arbitrariamente insegue una

¹¹ FORTE, *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 271 osserva che fare leva sull'accettazione del rischio comporta una violazione del principio di legalità, poiché si forza il dato normativo per introdurre una figura non prevista dal codice che usurpa lo spazio riservato all'istituto, questo invece espressamente disciplinato, della colpa con previsione.

¹² Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433, Nocera, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 822 ss., con nota in senso adesivo di PISA, *Punibilità della ricettazione a titolo di dolo eventuale*; in senso critico cfr. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, 2548 ss. V. anche DEMURO, *Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 308 ss. In giurisprudenza, è conforme alla pronuncia delle Sezioni Unite, ma ancora isolata, Cass., Sez. I, 1 febbraio 2011, cit.

sua personale opinione. Sul contrapposto versante processuale, poi, non si comprende attraverso quali rassicuranti elementi probatori si possa pensare di garantire al giudizio penale stati psicologici così impalpabili e sfuggenti.

In questo prefigurato contesto la valorizzazione della volontà tuttavia è perseguita dalle sezioni unite in termini differenziali, ossia distinguendo il dolo eventuale rispetto a momenti psicologici meno impegnativi - anche se idonei a costituirne la base - che tradizionalmente risultano suscettibili di confluire nella complementare, ma differenziata ipotesi, della colpa con previsione. A tale riguardo infatti la sentenza stigmatizza la differenza tra il dolo eventuale, lo stato di dubbio e il sospetto, qualificando per l'appunto queste ultime ipotesi come intermedie, stante la loro possibile evoluzione verso l'una ovvero l'altra forma di colpevolezza. È emblematica l'affermazione secondo la quale i motivi di sospetto tipizzati dall'art. 712 c.p., nel quadro di una sua ricostruzione esclusivamente colposa, potrebbero risultare compatibili con uno stato di colpa. Colpa con previsione qualora l'agente abbia percepito il rischio della provenienza illecita, ovvero colpa senza previsione nella ipotesi in cui non abbia nemmeno avvertito un simile stimolo. Analogamente il sospetto, per divenire dolo eventuale, deve evolversi nella ben più impegnativa locuzione dell'agire "costi quel che costi" mutuata dalla formula di R. Frank¹³. In quest'ultimo caso il sospetto sfocia in un agire doloso reso evidente dalla simulazione delle conseguenze dell'agire come certe e dalla correlativa decisione di agire, indipendentemente dal risultato¹⁴.

Sul punto vi è da osservare che in apparenza un dolo eventuale così congegnato ha l'indiscusso pregio di valorizzare - in un contesto scialbo e incline ad utilizzare formule vacue - l'atteggiamento volitivo dell'agente, basandolo però sulla "certezza" di una realtà puramente "immaginaria". Risultato, questo, non a caso messo in dubbio dalle storiche critiche alla formula di Frank¹⁵. A que-

¹³ Nella dottrina italiana la formula è stata utilizzata di rado. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 476 ss., la reputa la più idonea a soddisfare l'esigenza di individuare le condotte che a livello normativo possono essere accostate al modello-base del dolo. Cfr. anche EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 175 ss. ferme però le riserve ivi esposte in via preliminare sulla configurabilità del dolo eventuale.

¹⁴ Criterio che, una volta integrato con la cd. seconda formula di Frank- che collega il dolo eventuale al caso in cui l'agente ha deciso di agire "in ogni caso", qualunque sia la situazione contingente e la sua possibile evoluzione - individua il dolo eventuale nel caso in cui l'agente ha agito "a qualunque costo".

¹⁵ Cfr. per una serrata esposizione di queste critiche PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, cit., 12 ss.; M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati*, 1951-1952, 220 ss., dove si argomenta anche sulla delicatezza e difficoltà insiste nel provare un accadimento ipotetico; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 320-326, dove si evidenzia la impraticabilità processuale del criterio e la pregnante dimensione sostanziale dei correlati

sta si obietta infatti di costituire un mero “criterio” probatorio, già inidoneo a proporre una definizione contenutistica del dolo. In aggiunta si osserva che la formula di Frank fallisce *anche* come “criterio” probatorio. Si basa infatti su di un giudizio meramente ipotetico, presuntivo e immaginario, che può supportare congetture circa una decisione che in realtà l’agente non ha mai assunto¹⁶. Pertanto è del tutto incapace di funzionare *anche* quale indice *probatorio*¹⁷ del dolo eventuale. Costituisce inoltre una soluzione impraticabile proprio nel giudizio, in funzione del quale è nata. In altri termini, è una formula dall’utilizzo della quale consegue, contrariamente alle attese, un inevitabile impoverimento della fattispecie soggettiva che, priva di note fattuali, sfugge alla prova¹⁸. In definitiva le Sezioni unite, pur spinte dalla condivisibile necessità di valorizzare l’elemento volitivo, accentuando il requisito psichico della “accettazione con approvazione”¹⁹, propongono una definizione imperniata sulle spinte emotive²⁰ dell’agente. Cosa, questa, che conduce al risultato opposto, quello di configurare un inaccettabile “dolo d’autore”²¹.

Va infine segnalata anche una contraddizione. Nel tentativo di oggettivizzare il dolo eventuale ancorandolo a dati che possano giustificare l’attivarsi della rappresentazione, le Sezioni unite richiamano il predicato della “concretezza” della rappresentazione. Tuttavia finiscono con il coniugare la *concretezza* alla *possibilità*, uscendo in un’espressione contraddittoria ed ambigua per effetto del depotenziamento arrecato al primo sostantivo dall’uso del secondo. In fin dei conti, la caratterizzazione volitiva dell’agire “costi quel costi” contrasta con il concetto di “possibilità” nel quale ricadono anche gli eventi “altamente improbabili”.

4. Le Sezioni unite – anche a prescindere dai risultati raggiunti – nel tentativo di definire di dolo eventuale opponendosi alla deriva di una giurisprudenza più tradizionale, giunta all’eccesso di trasformare il dolo eventuale in una capovolta nozione di eventualità del dolo, segnano una significativa inversione

problemi di accertamento, oltre al suo carattere circoscritto ad una prognosi postuma; CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1999, 47 ss.

¹⁶ Tra gli altri, BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di dolo eventuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 31.

¹⁷ Cfr. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l’elemento psicologico*, cit., 2566.

¹⁸ D’ASCOLA *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale “senza prova”*, cit., *passim*.

¹⁹ Così CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 50.

²⁰ Cfr. G. DE FRANCESCO, *L’enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 2012, 1984.

²¹ MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l’indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, cit., 217.

di tendenza. Ciò però fa maggiormente risaltare i limiti della soluzione più “conservatrice” adottata dalla prima sezione penale della Corte di cassazione con la sentenza qui annotata. Al riguardo l’aspetto che più attira l’attenzione è costituito dalla mancanza di ogni richiamo al precedente delle Sezioni unite, anche all’esclusivo fine di criticarne le scelte²². Omissione, questa, che non può passare inosservata, anche a prescindere dalla risposta all’interrogativo posto dalla sentenza delle Sezioni unite circa il suo stesso ambito di applicazione. Ossia se la elaborata nozione di dolo eventuale debba limitarsi a risolvere la questione di parte speciale, ovvero si estenda anche alla parte generale²³, come definizione del dolo eventuale valida per tutto il diritto penale²⁴. Passando ora a un più analitico esame della sentenza qui annotata si deve da subito evidenziare come essa riproponga la problematica contrapposizione tra rappresentazione della *possibilità concreta* e della *possibilità astratta* dell’evento²⁵, con l’aggiunta secondo la quale in questo secondo caso il dubbio sarebbe superato da una *previsione negativa*²⁶. Così facendo la sentenza pone in risalto le due locuzioni, adottandole come criterio distintivo, senza tuttavia riflettere sulla palese inadeguatezza di formule soltanto in apparenza dotate della capacità di distinguere gli istituti giuridici²⁷. Al riguardo un richiamo al senso di realismo, ma anche alla necessità di riflettere sulle pesanti ricadute in termini di punibilità, non appare inopportuno. Né sembra sostenibile l’opinione secondo la quale, come in casi analoghi²⁸, anche qui il segno della

²² Cosa, questa, resa ancor più evidente dal fatto che la I sezione non richiama le Sezioni Unite nemmeno nella parte in cui utilizza incidentalmente la formula dell’agire “ad ogni costo”.

²³ Ferma sempre restando, in questo caso, la necessità di compiere un’analisi sulle norme di parte generale o speciale, per risolvere specifici problemi di compatibilità. Conclusione, questa, che si fonda sul principio generale desumibile dal codice, secondo il quale se oggetto del dolo è il fatto, le forme del primo sono inevitabilmente condizionate dalle caratteristiche strutturali del secondo.

²⁴ Sostiene si tratti di una formula di parte generale DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l’elemento psicologico*, cit., 2566. In senso critico, MANNA, *È davvero irrisolvibile il “mistero” del dolo eventuale?*, cit., 18 e ID., *Colpa cosciente e dolo eventuale: l’indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, cit., 217.

²⁵ Nello stesso senso, di recente, Cass., Sez. IV, 10 febbraio 2009, B.M.G., cit.; Id., Sez. IV, 24 giugno 2009, 2009; Id., Sez. V, 17 settembre 2008, D. e altro, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 4-5, 1121.

²⁶ Per tutti DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, 445, nonché M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, 792. Parla di assenza di rappresentazione come presupposto della colpa, in contrapposizione alla rappresentazione di una possibilità concreta di verifica del fatto propria del dolo eventuale BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, III Ed., Milano, 1980, 107-108. In senso critico sulla previsione “negativa” G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 136, evidenzia che proprio tale equivoco concetto costituisce il punto debole dell’intera costruzione.

²⁷ D’ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale “senza prova”*, cit., 148 ss.

²⁸ Si allude in particolare all’ipotesi di concorso “anomalo” di cui all’art. 116 c.p.

rappresentazione potrebbe cogliersi dall'analisi del territorio illecito all'interno del quale si è sviluppata la condotta. Territorio illecito che però, vuoi nel caso del dolo eventuale, vuoi in quello della colpa cosciente, potrebbe addirittura difettare. Non può nemmeno trascurarsi l'enorme complicazione che discenderebbe, tanto a livello di definizione, quanto di accertamento, da un *discrimen* tra dolo eventuale e colpa con previsione che non soltanto si regga sul segno positivo o negativo della rappresentazione, ma addirittura anche sulla qualità di quest'ultima, quindi astratta ovvero concreta. Non crediamo di sbagliare se ci permettiamo di definire un simile stato delle cose come tale da prefigurare un vero e proprio corto circuito. La gravità del quale è tra l'altro enfatizzata dalla evidente contraddizione ingenerata dall'apparentemente pregnante riferimento alla *concretezza*, immediatamente smentito dal sostantivo *possibilità*. Quindi il quadro di una concretezza che addirittura dovrebbe cogliersi attraverso l'esame anche di vicende altamente improbabili. Ci sembra poi di evidenziare circostanze addirittura qui secondarie, dato il maggior peso delle critiche già esposte, allorquando alle censure che precedono se ne dovesse aggiungere una ulteriore. Quella costituita dal rilievo secondo il quale già la semplice lettura del principio risulta evocativa della sua stessa inconcludenza. L'agire doloso e l'agire colposo (con previsione) si reggono sul medesimo requisito della rappresentazione, con l'aggiunta che nel primo caso quest'ultima comporterebbe, per effetto della sua presunta concretezza, l'accettazione del rischio.

Sino a questo punto la motivazione qui annotata sembra sovrapporsi a quella delle Sezioni unite, riproducendone i vizi di contraddittorietà e astrazione dalla realtà che ci eravamo permessi di segnalare. Tuttavia, allorquando ci si sarebbe attesi di conoscere la posizione assunta sul condizionante problema della volontà nel dolo eventuale, la sentenza che annotiamo si distacca dal percorso seguito dalle Sezioni unite. La spinta volontaristica finisce per rimanere dissolta e la volontà resta implicata dalla riesumazione della risalente formula dell'accettazione del rischio. Ma la questione della volontà non poteva essere trascurata, non soltanto perché evidenziata pure dalla giurisprudenza di legittimità²⁹, ma anche perché costituisce un vero e proprio snodo del problema. Affermare che nella colpa con previsione difetta l'accettazione del rischio dell'evento costituisce un errore, dal momento che chi lo sostiene contestualmente è costretto a riconoscere che l'agire con colpa cosciente im-

²⁹ Tra le altre Cass., Sez. I, 15 marzo 2011, n. 10411, cit., denuncia apertamente gli orientamenti che normativizzano la responsabilità dolosa riducendo il dolo a mera previsione, a discapito della volontà.

plica la rappresentazione del rischio, ancorché rimossa da una sorta di contro-rappresentazione dell'agente giustificata dalla sua convinzione di poterlo comunque evitare³⁰. Ora, anche a volere ignorare l'*empasse* nel quale ci si pone se si elegge ad elemento distintivo lo stato d'animo, la convinzione e quindi la condizione spirituale del soggetto - la prova delle quali non si comprende in qual modo possa essere ottenuta - è lo stesso schema logico utilizzato a dimostrare che colui il quale agisce con colpa con previsione, inevitabilmente accetta il rischio dell'evento. La spiritualizzazione della formula è poi addirittura amplificata dal fatto che si completa con il passaggio secondo il quale l'intima convinzione dovrebbe esprimersi nelle forme di una *sicura fiducia* nella neutralizzazione dell'evento. Quindi in un'ulteriore condizione psicologica dell'agente, dai tratti incerti e sfumati, che addirittura nemmeno consisterebbe in una soggettiva certezza, bensì in una ragionevole aspettativa. Ciò malgrado la sentenza affermi il divieto per il giudice di ricorrere ad elementi quali la speranza o il desiderio che l'evento, seppur previsto, non si verifichi.

Ma l'aspetto critico che maggiormente colpisce è costituito dagli effetti automatici che la sentenza ricollega all'accettazione del rischio, addirittura accreditata dalla capacità di provare *al di là di ogni ragionevole dubbio* il dolo dell'agente. In ciò trascurando di considerare che la formula dell'accettazione del rischio non è in sé dotata di alcuna capacità predittiva quanto all'elemento soggettivo che implica. Nel senso che taluno può avere consapevolmente accettato il rischio di un evento che non lo ha trattenuto, agendo così con dolo eventuale. Ma il soggetto può avere agito malgrado la previsione dell'evento sottovalutando e rimuovendo un pericolo che ciononostante si era rappresentato. Situazione al contrario riconducibile alla colpa con previsione.

Evocare poi il segno positivo o negativo della rappresentazione, del quale né l'art. 43 alinea 3 né l'art. 61 n. 3 c.p. danno conto, significa trascurare il sistema penale, nel quale solo la volizione è valorizzata quale elemento distintivo tra dolo e colpa, e non fa progredire il problema verso una qualsivoglia soluzione.

Né può dimenticarsi una terza ipotesi, quella cioè di un soggetto talmente incosciente da nemmeno avere percepito il rischio da lui cagionato. Al riguardo, va evidenziata la contraddizione insita nel punire più gravemente colui il

³⁰ Non a caso in dottrina, chi seguiva il criterio di distinzione basato sulla previsione come elemento positivo e sulla mancanza di previsione come elemento negativo, proponeva anche un collegamento tra dolo eventuale e "possibilità concreta ed effettiva", da un lato, e "pericolosità astratta dell'azione" con riguardo alla colpa con previsione, dall'altro. Così, DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, cit. 445.

quale almeno si è rappresentato un evento escludendone però la realizzazione. Con ciò dimostrando una certa capacità di valutare il rischio³¹. Non avrebbe poi senso, per confutare questa argomentazione, individuare la *ratio* dell'aggravante nella "scarsa considerazione" degli interessi protetti dalla norma penale. Al riguardo si è correttamente osservato come in simili ipotesi il soggetto agisca solo sulla base di un calcolo circa il mancato verificarsi dell'evento e non anche in ragione di quella scarsa considerazione³².

Criticabile è infine anche l'ultima parte della sentenza che, nel tentativo di indicare il criterio seguito per accertare il dolo eventuale, enuclea le condizioni oggettive e soggettive che dovrebbero segnalare una "informata rappresentazione concreta dei rischi insiti nell'azione di sparo". Ciò posto, conclude però che l'esplosione del colpo, nonostante la rappresentazione dei rischi implica l'accettazione di tutte le sue possibili conseguenze. Ma così si rende ancora una volta palese l'oggettivizzazione del dolo, legato a requisiti che non sono realmente espressivi dell'elemento volitivo. Così descritto, il dolo eventuale consterebbe infatti di una volontà non accertata, ma per di più ricavata in modo pressoché automatico dall'elemento rappresentativo. Di conseguenza trasformandosi in una categoria soltanto normativa³³ facilmente manipolabile per assecondare le più disparate esigenze³⁴.

Insomma, sotto ogni profilo la soluzione adottata non pare convincente e genera la sensazione di un ritorno al passato, malgrado l'occasionale e incidentale adozione della formula dell'agire "ad ogni costo". Anzi, proprio il riferimento a questa espressione valorizzata dalla più volte richiamata sentenza delle Sezioni unite, rende evidente un ulteriore punto di frattura tra le due pronunce. Proprio al fine di elaborare una nozione definita "forte" di dolo eventuale, le Sezioni unite avevano affermato, con specifico riferimento ai motivi di sospetto espressamente richiamati dall'art. 712 c.p., che il dolo eventuale non può essere confuso con il dubbio, né con il sospetto, dato che si risolve in una condizione psicologica ben più impegnativa. Al contrario, la sentenza annotata sovrappone il dolo eventuale al dubbio riferito al rischio che la condotta sfoci in un fatto di reato.

³¹ Cfr. D'ASCOLA, *loc. ult. cit.*

³² Per analoghe considerazioni cfr. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, cit., 19 ss.

³³ Sui rischi di oggettivizzazione del dolo, cfr. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1092.

³⁴ In tal senso CANESTRARI, *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 906 e ss.