

ESTHER HAVA *

*Costruzione, decostruzione e ricostruzione giudiziale del dolo eventuale
partendo dalle teorie della dottrina in Spagna e in Italia ***

Sommario: 1. Premessa. - 2. Approccio alla questione: il dibattito sul dolo eventuale in Spagna e in Italia. - 3. La decostruzione del dolo eventuale attraverso le teorie cognitive. - 3.1. I contributi dottrinali più influenti. - 3.2. L'auge della concezione cognitiva nella giurisprudenza spagnola. - 4. La costruzione del dolo eventuale come volontà e rappresentazione. - 4.1. Principali tesi dualiste. - 4.2. Il consolidamento della concezione dualista nella giurisprudenza italiana. - 5. Epilogo: la ricostruzione del dolo eventuale tramite gli indicatori.

1. *Premessa*

La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente è una tra le questioni dogmatiche che più appassionano. Il penalista che ne affronta lo studio si rende immediatamente conto delle difficoltà che solleva, e inesorabilmente la sua analisi diventa sempre più complessa, entusiasmando, se non ossessionando, lo studioso di Diritto penale innamorato della professione, che, in modo impercettibile, comincia a nutrire la speranza di trovare la formula perfetta, capace di superare le incongruenze altrui e di far fronte all'enorme diversità di casi in conflitto che segnano il confine tra il dolo eventuale e la colpa. Seduto alla sua scrivania per infinite ore, in compagnia soltanto di un'infinità di testi che contengo le teorie dogmatiche più diverse, il penalista che sogna di elaborare il modello perfetto che spieghi tutto, può cadere facilmente in trappola e trascurare, se non dimenticare, la realtà.

* Professoressa Ordinaria di Diritto Penale Università di Cadice.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

Si può percepire un fenomeno simile che si cela dietro l'applicazione giudiziale del dolo eventuale. La sua complessa natura può causare qualche insicurezza in chi deve applicare il Diritto, alla ricerca di nuove tesi dogmatiche per risolvere nuovi casi che quelle tradizioni non sono più in grado di risolvere, o comunque per trovare soluzioni innovative a questioni la cui soluzione, a furia di ripetersi per anni e anni, appare ormai arcaica in quanto lontana dalle moderne tendenze della Scienza Penale. La “fuga verso la Dogmatica” però nel caso dell'applicazione giudiziale del dolo eventuale può nascondere in certe occasioni motivi meno confessabili; può prodursi perché colui che giudica è alla ricerca di argomenti brillanti o sfoggiati per “vestire” una sentenza che è stata stabilita in precedenza in base ad altri motivi lontani dal ragionamento giuridico, come alcune presunte necessità di prevenzione generale, o le ipotetiche esigenze di sensibilità sociale. Seduto sul suo scranno da giudice, a colui che applica il Diritto non interessa tanto se la tesi dogmatica in questione sia la più adatta per indagare la realtà del caso in discussione; quello che in realtà gli interessa è trovare l'alibi dottrinale necessario per sostenere pubblicamente una sentenza che, senza il sostegno di tali tesi, probabilmente apparirebbe inverosimile o eccessiva in base al più elementare buon senso.

È uno dei rischi che Schünemann attribuisce “all'eccessivo affinamento dogmatico mentre i veri problemi sistematici sono già stati discussi per giungere a una soluzione, quando tutti gli argomenti importanti sono stati trovati e formulati ma la discussione, però, continua a girare in tondo. La giurisprudenza sceglie, da quel momento in poi, fra le tante varianti dogmatiche, come se si trattasse di un negozio di prodotti assortiti, lo schema che, guarda caso, meglio si adatta al risultato desiderato”¹.

Possono coesistere dottrina e giurisprudenza, interagire e influenzarsi a vicenda, senza che ciascuno di loro arrivi a tradire i propri obiettivi? Una possibile soluzione miracolosa non esiste. Però è possibile pretendere un certo livello di responsabilità dal dogmatico in modo che il sonno della ragione non generi mostri: che esca dal proprio isolamento, che misuri le conseguenze che può assumere, con la pratica, per singole persone, quello che scrive nel suo studio. Allo stesso tempo, è altrettanto utile esigere dalla giurisprudenza un avvicinamento alla realtà che deve giudicare, “un'umanizzazione” degli argomenti che utilizza, e una

¹ B. SCHÜNEMANN, *El propio sistema de la teoría del delito*, in *InDret* 1/2008, p. 10.

netta rinuncia a svolgere funzioni (come quelle politico-criminali) che le sono totalmente estranee.

2. Approccio alla questione: il dibattito sul dolo eventuale in Spagna e in Italia

Il dibattito della dottrina sulla natura del dolo eventuale si è polarizzato, almeno storicamente, intorno a due posizioni principali: da una parte quella che potremmo definire “costruttiva”, che sostiene che l’azione dolosa mostra nei confronti della colposa un plus nella gravità del reato (o della colpevolezza) che si materializza nella volontà più o meno grave di compiere il fatto tipico, e la “distruttiva”, che rifiuta l’importanza dell’elemento volitivo al momento di qualificare un comportamento come doloso.

Nella realtà giudiziale l’appartenenza a una di queste due opzioni dogmatiche non è, ovviamente, una questione di poco conto: se si parte da una concezione “costruttiva”, nella quale vengono mantenuti entro certi limiti i componenti che storicamente vengono attribuiti al dolo (ossia, rappresentazione e volontà), sarà più semplice distinguere le due categorie classiche della colpa (cosciente e incosciente) come figure estranee al campo tipico della condotta dolosa; in compenso, se si accoglie una concezione “distruttiva” che concepisca il dolo come mera rappresentazione, la distinzione tra colpa con o senza rappresentazione perderebbe buona parte del suo significato, dal momento che lo stesso ambito della prima categoria potrebbe essere assorbito dal dolo eventuale. Le conseguenze pratiche della seconda opzione sono evidenti: i comportamenti che storicamente sono stati qualificati dai tribunali come imprudenti (malgrado il soggetto si sia rappresentato la possibilità dell’evento) dovrebbero ora essere considerati dolosi².

La discussione relativa alla portata dell’elemento volitivo nella struttura del dolo, che ha acquisito un’enorme importanza in Germania durante gli anni ‘50 e ‘60 dello scorso secolo, non ha avuto all’inizio un’accoglienza particolarmente favorevole rispetto alle teorie cognitive da parte della dottrina spagnola che, salvo rare eccezioni³, si è limitata a criticarle.

² La riprova di ciò è la linea giurisprudenziale a favore di una teoria cognitiva, che ha avuto inizio in Spagna a partire dalla Sentenza della Corte Suprema del 23 aprile del 1992 (“caso dell’olio di colza contraffatto”).

³ In Spagna uno dei pochissimi difensori delle teorie cognitive fin dall’inizio, è E. GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo eventual*, in *Estudios de Derecho Penal*, 3. ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 254 ss.

Tuttavia, tali teorie poco a poco hanno visto crescere il numero di sostenitori⁴. A tal punto che, si può dire, negli ultimi decenni la posizione che prescinde dall'elemento volitivo al momento di differenziare dolo eventuale e colpa cosciente è, in Spagna, chiaramente predominante⁵.

Non sembra che l'accoglienza delle tesi cognitive sia stata in Italia altrettanto ampia, forse perché l'articolo 43 del Codice Penale italiano rappresenta un ostacolo notevole per la sua espansione, quando richiede espressamente che l'agente doloso agisca con previsione e volontà rispetto all'evento dannoso o pericoloso che è la conseguenza della propria azione od omissione. Ciò nonostante, negli ultimi anni anche in seno alla dottrina italiana si è sviluppato un importante dibattito in merito al dolo eventuale (secondo DONINI, il più vivace a riguardo dall'entrata in vigore del Codice Rocco), auspicato, secondo il parere dello stesso autore, da certe opzioni di politica criminale giudiziaria di spiccata tendenza punitiva, favorite a loro volta da alcune posizioni dottrinali, che possono condurre alla delegittimazione stessa del dolo eventuale, attraverso concezioni "estensive" della volontà sotto forma di cripto-analogia *in malam partem*⁶.

3. La decostruzione del dolo eventuale attraverso le teorie cognitive

Come già segnalato, la dottrina contemporanea spagnola degli ultimi decenni è stata fortemente influenzata da determinati orientamenti provenienti dalla dogmatica tedesca che si traducono, in sostanza, in una forte tendenza all'oggettivazione del concetto di dolo. Tra le tante varianti offerte in questo contesto, emergono in modo particolare, per via della

⁴ Non a caso Silva, più di tre decenni or sono sosteneva: "A questo punto, naturalmente si può discutere se il dolo [...] sia solo rappresentazione o, in più, anche volontà. Di fatto, il settore della dottrina che sostiene il primo è in netta minoranza, anche se si registra una tendenza all'incremento del numero dei suoi titolari (di recente, *Hruschka, Jakobs, Frisch e Kindhäuser* si sono avvicinati molto a questa posizione). Detto questo, accordato quanto precede, difficilmente si può sostenere che, la volontà giochi un ruolo nel dolo tipico, che si riduce alla sua relazione con l'azione come elemento oggettivo e non incide su nessuno degli altri elementi costitutivi, rispetto ai quali ha senso stabilire soltanto una relazione di conoscenza" – *Observaciones sobre el conocimiento «eventual» de la antijuricidad*, in *ADPCP*, t. XL (1987), p. 651.

⁵ In merito, si veda per esempio G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

⁶ DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2014, p. 70. Rispetto all'uso giudiziale della *cripto-analogia* o *analogia occulta*, si rinvia anche, dello stesso autore a "El Derecho jurisprudencial penal. Colisiones verdaderas y aparentes con la legalidad y sanciones por ilícitos interpretativos", *InDret* 2/2018, pp. 15 e 23.

ripercussione avuta, non solo in Spagna, ma anche in America latina, le concezioni di Jakobs e Frisch.

3.1. I contributi dottrinali più influenti

Il primo dei due autori citati ha cercato di risolvere i problemi sollevati dalle teorie tradizionali della rappresentazione o probabilità⁷ elaborando una tesi che, pur partendo da differenti premesse metodologiche, giungeva a conclusioni assai simili: il dolo è consapevolezza dell'azione e delle sue conseguenze; l'unica cosa che conta è la consapevolezza (da parte dell'agente) che non sia improbabile la realizzazione del tipo⁸. Ciò nonostante, JAKOBS cerca di puntualizzare in un certo senso la portata delle teorie della probabilità *stricto sensu* consolidando l'elemento cognitivo che ritiene caratteristico del dolo, con lo scopo di semplificarne la distinzione dalla colpa. Tale elemento cognitivo nella sua tesi smette di essere una mera conoscenza per diventare *un giudizio valido per l'agente*, così, “non è sufficiente pensare solamente nella possibilità del risultato[...]. *Sussiste, quindi, dolo eventuale*

⁷ Anche se la teoria della rappresentazione venne abbozzata inizialmente da SCHRÖDER (*Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, in *Festschrift für Wilhelm Sauer*, Berlin, Walter de Gruyter, 1949, p. 207 ss.), il passo decisivo verso una teoria della mera conoscenza, all'interno di tale tendenza, è stata data da SCHIMDHÄUSER, che ha proposto un nuovo e generico concetto di dolo nel quale si prescinde definitivamente dall'elemento volitivo, la cui analisi riguarda soltanto il momento dell'azione; il dolo è conoscenza degli elementi del tipo; la differenza tra dolo e colpa o imprudenza equivale, quindi, alla distinzione tra coscienza e incoscienza – cfr. *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat* («*dolus eventualis*» und «*bewusste Fahrlässigkeit*»), in *JuS*, 4 (1980), p. 242.

⁸ G. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo), Madrid, Marcial Pons, 1995. In particolare, Jakobs considerava che la ragione del minor grado della pena che riceve il comportamento colposo rispetto a quello doloso risiede nel fatto che il primo incide meno sulla validità della norma del secondo; così, i fatti imprudenti, invece di rivelare un'infedeltà alla norma così drastica come quelli dolosi, metterebbero in luce l'incompetenza del soggetto nel gestire i propri problemi, e che non ha valutato le conseguenze della sua negligenza perché, semplicemente, non le conosceva al momento di agire. “Per l'agente, colui che commette l'imprudenza, non esiste la certezza che il risultato del suo comportamento sia buono, o accettabile, soltanto per lui e, a differenza di quanto succede con i fatti dolosi, se si è verificato con frequenza non potrà accettarlo. La situazione della colpa si distingue, pertanto, da quella del dolo non solo per l'assenza di conoscenza delle conseguenze, ma anche per la non precisata ammissibilità delle stesse: le conseguenze del dolo sono ammissibili (altrimenti l'autore non agirebbe), però rispetto alle conseguenze della colpa l'ammissibilità al momento del fatto rimane una questione aperta”. Perciò, conclude, l'agente imprudente si assume un rischio naturale che nel dolo non è comune: “il rischio di poter essere lui stesso danneggiato o un terzo il cui danno verrà subito dall'agente come proprio. Nella misura in cui l'imprudenza o colpa non proviene da un disinteresse specifico, ma da una disattenzione generale non mirata, diffusa nelle conseguenze, viene esposta al pericolo di una pena naturale, e questo rischio di auto danno incoraggia la disponibilità a conformarsi alla norma; riducendo, pertanto, la necessità di reagire penalmente di fronte ad una violazione non dolosa”. In alcuni dei suoi scritti più recenti, l'autore sottolinea l'approccio basato sull'inosservanza della norma e l'indifferenza come aspetti tipici del dolo: G. JAKOBS, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, in *ZStW*, 114 (2002), p. 584 ss.

quando nel momento dell'azione l'agente considera che la realizzazione del tipo non è improbabile come conseguenza di quell'azione". In questo modo si ammette l'esistenza di un grado di conoscenza anche nella colpa, anche se sostanzialmente diverso da quello necessario per affermare il dolo: "Il solo «pensare a» o «venire in mente», senza qualità di giudizio, può essere definito, se si vuole, colpa cosciente; però, bisogna considerare che la coscienza in questo tipo di imprudenza fin dal suo contenuto non corrisponde con la conoscenza delle conseguenze tipiche del dolo"⁹. In linea con questa teoria, è necessario distinguere nella pratica quando l'agente ha elaborato un "giudizio valido" in relazione alla probabilità del risultato (dolo eventuale) e quando semplicemente "ci ha pensato" o "gli è venuto in mente" (imprudenza). Messa in questi termini, la tesi di JAKOBS sembra richiedere qualcosa di più che la mera conoscenza per confermare la presenza del dolo. E questo perché, alla fine, "tale interpretazione «intellettiva» del dolo, che non si accontenta della mera rappresentazione del rischio, ma pretende che la stessa risulti «rilevante durante il processo decisionale», che l'agente elabori un «giudizio» valido per lui", implica, in realtà, che insieme all'intellettivo venga compreso un aspetto più tipico del piano volitivo: il momento della decisione caratteristico del fatto doloso¹⁰.

Secondo un differente approccio del tema, un settore della dottrina ha scelto, senza smettere di aderire alla teoria cognitiva, di modificare l'oggetto della conoscenza che viene considerato necessario per sostenere la presenza del dolo, sostituendo in tale contesto l'espressione "probabilità del risultato" con quella di "pericolo" o rischio". La tesi di FRISCH, principale esponente di questa tendenza¹¹, può essere sintetizzata in questo modo: il vero oggetto della conoscenza nel dolo è il comportamento tipico, inteso come la condotta rischiosa o pericolosa la cui esecuzione, sulla base delle circostanze della situazione specifica identificabile *ex ante* dall'agente, comporta un aumento o la creazione del rischio di lesione di un bene giuridico nella forma prevista dal tipo corrispondente. Dall'oggetto del dolo verrebbe escluso, pertanto, il risultato lesivo; non sarà necessario che il soggetto rappresenti

⁹ Aderisce a questa tesi, anche se con alcune sfumature, M.A. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción. Consecuencias prácticas del ilícito personal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, p. 201 ss.

¹⁰ T. RODRIGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1994, 81. Per ragioni simili Donini ritiene che la tesi di Jakobs sia solo in parte oggettivistica-presuntiva.

¹¹ W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Colonia-Berlin-Bonn-Munich, 1983, p. 97 ss. Nella stessa ottica si colloca anche Herzberg, che opera la distinzione tra "pericolo protetto" e "pericolo non protetto".

la probabilità che tale risultato si produca, ma solo che sia cosciente del fatto che il suo comportamento implica la creazione di un rischio non consentito. La differenza tra dolo e colpa si verifica, in definitiva, tenendo conto del momento dell'azione, e non del momento del risultato¹². Successivamente FRISCH puntualizza i profili del concetto di conoscenza tipico del dolo per renderne possibile la differenziazione dal comportamento imprudente, affermando che non è sufficiente la mera rappresentazione del rischio, ma è necessario rilevare una “presa di posizione personale” da parte dell'agente in merito al carattere pericoloso della sua condotta; così, bisogna negare l'esistenza del dolo quando il soggetto non rappresenta il comportamento nella sua *dimensione ingiusta tipicamente rilevante* (come nei casi di negazione del pericolo, fiducia razionale o irrazionale in un epilogo positivo o una valutazione soggettiva del rischio tollerato)¹³. A dire il vero, le conseguenze di questa teoria non sembrano essere tanto diverse dalle precedenti, poiché si limita all'introduzione, se vogliamo in modo più chiaro, della prospettiva ex ante nell'analisi del dolo¹⁴ e al cambio di “etichette”¹⁵ nel descrivere l'oggetto della conoscenza, dal momento che “probabilità del risultato (lesivo)” non significa altro che “pericolo (di lesione)”¹⁶. Il fatto che oltre alla rappresentazione del rischio (di lesione o di pericolo, secondo il tipo illecito) venga richiesta la “presa di posizione dell'agente” rispetto al rischio, fa pensare nuovamente a qualcosa di più della mera conoscenza: a una decisione in cui l'agente assume il rischio o, in altre parole, “a ciò che tradizionalmente integra il momento volitivo del dolo”¹⁷.

¹² In questa direzione si pronuncia anche in Spagna M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, in PPU, 1989, p. 268: “L'oggetto del dolo è dunque la condotta, non il risultato né il rapporto di rischio (o nesso di causalità), poiché questi non appartengono all'illecito”.

¹³ W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, cit., p. 192 ss.

¹⁴ C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. 2. ed. alemana de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997, p. 441: “È certamente vero che nel caso della «conoscenza» del risultato stiamo parlando di una conoscenza prognostica, relativa a un risultato futuro. Tuttavia non ha sì è mai capito se stesso da un altro, così come consegue dallo stesso contenuto semantico dei concetti «previsione (*Absicht*, proposito, intenzione)» e «proposizione (*Vorsatz*, dolo)»”.

¹⁵ T. RODRIGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro*, cit., p. 90.

¹⁶ Ampia dimostrazione di quanto appena affermato è il fatto che E. GIMBERNAT ORDEIG sostenga che la teoria della probabilità (o rappresentazione) si distingue dal consenso perché la prima “non confronta il soggetto con il risultato, ma con la *situazione pericolosa*” (“Acerca del dolo eventual”, cit., 251). Per essere sinceri, sembra che l'utilizzo del termine “rischio” possa creare più problemi di quanti ne risolva, se si sposta questa tesi all'analisi di altre condotte penalmente rilevanti il cui risultato tipico non è più la lesione quanto la messa a rischio del bene giuridico tutelato (E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, Granada, Comares, 2002, p. 60 ss).

¹⁷ Analogamente, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 61.

3.2. *L'auge della concezione cognitiva nella giurisprudenza spagnola*

Lasciando adesso da parte le differenze tra le diverse teorie cognitive, ciò che appare evidente è che in tutte loro si nota un sempre maggiore e marcato interesse nell'espellere l'elemento volitivo dalla struttura del dolo. Può essere sì sia dato inizio a tale processo di "assottigliamento" del concetto di dolo, senza dubbio con dei buoni motivi, come alternativa di fronte alle tesi tradizionali (etichettate come "artificiose"), con lo scopo di semplificare la prova di questo elemento del reato nel processo penale¹⁸. Tuttavia i passi successivi che sono stati fatti in questa direzione appaiono, come sottolinea Quintero Olivares¹⁹, "assai discutibili in quanto alla loro bontà e rispetto alla pretesa di 'miglioramenti'. Oggi stiamo assistendo a una continua riformulazione di ciò che dovrebbe essere classificato come condotta 'dolosa' nella quale in numero sempre maggiore si presentano ragionamenti tipici di chi ammette la *responsabilità oggettiva*... È evidente che nessuno invoca e neppure menziona la responsabilità oggettiva, ma è palese la preoccupazione di trovare delle formulazioni che siano 'pratiche', ed è lì che si nasconde la tentazione di ridimensionare il contenuto del dolo alla ricerca di qualcosa che sia 'più facile da provare' durante il processo, un'idea che non è del tutto nuova²⁰. Questo implica, in misura più o meno rilevante, il ricorso alla presunzione -in particolare quando si parla di imputazione del risultato per potenziale conoscenza della probabilità o di coscienza del rischio relativo all'azione-, con lo scopo di sostituire quegli elementi (cognitivo e volitivo) che risultano utili soltanto se vengono trovate nuove soluzioni per dichiararne la sussistenza. Attraverso tale critica non si vuole mettere in discussione l'importanza di valutare nel corso del processo elementi soggettivi dell'evento quali l'accettazione del rischio con la decisione di agire, la logica potenzialità della conoscenza del risultato possibile o la decisione contraria alla norma; ma "se non viene fatto con grande

¹⁸ In merito alle differenze concettuali nell'elaborazione del dolo che possono essere avvertite tra la dottrina processualistica e quella penalista, J. HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, in *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (ed. Pablo Sánchez-Ostiz), Navarra, Aranzadi, 2005, p. 145 ss.

¹⁹ G. QUINTERO OLIVARES, *Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad*, in J.C. CARBONELL MATEU, J. L. GONZÁLEZ CUSSAC y E. ORTIS BERENGUER (dirs.), *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1583-1584.

²⁰ QUINTERO OLIVARES cita a questo proposito due lavori di BRICOLA (*Dolus in re ipsa*, pubblicato nel 1960, e la sua *Teoría general del reato*, del 1973), dove già segnalava con forza i rischi che comporta tale indirizzo.

cautela si arriverà a conseguenze peggiori, in particolare: non solo sparirà l'indagine sulla psiche del soggetto, compito di per sé arduo, anche se non per questo motivo ci si deve rinunciare, ma soprattutto sarà quasi impossibile distinguere la condotta dolosa dalla condotta imprudente (specialmente dalla forma della colpa cosciente)”²¹.

Il fenomeno dell'”assorbimento” di una parte notevole del campo, che storicamente viene concesso alla colpa cosciente, all'interno del doloso è stato analizzato in modo brillante da Quintero Olivares in merito alla preterintenzionalità²². Effettivamente, all'interno della pratica giudiziaria spagnola è possibile osservare una crescente tendenza a rifiutare in questi casi la valutazione di un concorso di reati tra le lesioni dolose e l'omicidio colposo, qualificando solamente per quest'ultima figura nella sua forma dolosa. Tale fenomeno viene agevolato dall'utilizzo di un concetto particolarmente vasto di dolo, che ha subito una progressiva revisione e riduzione dei suoi elementi, e che, di conseguenza, permette a stento di distinguere il dolo eventuale dalla colpa cosciente²³.

Un esempio lampante di quanto detto in precedenza è rappresentato dalla Sentenza 196/2016, del 9 marzo, della Sezione Penale della Corte Suprema spagnola, che conferma la condanna, per l'imputato che in stato di ebrezza e durante una discussione degenerata in rissa aveva sferrato un colpo alla testa della vittima con una asse di legno (causandone la morte un mese più tardi)²⁴ come autore di un reato di omicidio commesso con dolo eventuale e premeditazione.

²¹ G. QUINTERO OLIVARES, *Las vicisitudes del dolo*, cit., p. 1584.

²² G. QUINTERO OLIVARES, *Las vicisitudes del dolo*, cit., p. 1573 ss.

²³ E. RAMON RIBAS, *El homicidio preterintencional*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 (2010), pp. 138-139.

²⁴ I fatti provati nella Sentenza sono i seguenti: “In ora non precisata della notte del giorno 4 luglio del 2013 [...] avviene una discussione tra Emiliano e l'imputato Juan María, spagnolo, maggiorenne e con precedenti penali estinguibili d'ufficio, che si trovava in compagnia di Feliciano e di Victoriano. I quattro menzionati continuano a discutere mentre camminano [...]. A un certo punto della lite, Feliciano ed Emiliano vengono alle mani e cadono per terra [...]. Pochi istanti dopo, l'imputato Juan María, che in precedenza si era fatto da parte su richiesta del citato agente di pubblica sicurezza, torna sulla scena con una grossa asse di legno di 70 centimetri di lunghezza e 15 di larghezza e che pesa circa 2,25 chilogrammi, con la quale colpisce alla testa Emiliano, che a conseguenza di ciò rimane a terra in stato di semincoscienza e subisce una grave lesione cerebrale traumatica nel lato sinistro della scatola cranica prevalentemente a livello della giunzione temporoparietale occipitale, e che causa tre rime di frattura nella succitata scatola cranica e un'emorragia massiva nella massa encefalica nel lato opposto del colpo, mette a rischio estremo la vita di Emiliano e a causa del quale è costretto a subire un intervento chirurgico la stessa notte del 5 luglio per cercare di evacuare l'ematoma subdurale riportato. Infine, e in conseguenza delle gravi lesioni, muore il giorno 2 agosto del 2013.

L'imputato Juan María, nel momento in cui colpisce in testa Emiliano con l'asse di legno, accetta il rischio, di causarne la morte, che implica colpirlo in modo violento in quella zona del corpo con un attrezzo con quelle caratteristiche.

La motivazione che permette alla Corte di giungere a tale classificazione è la seguente: “In relazione al dolo e alle sue diverse forme, quest’Aula ha stabilito attraverso ripetute sentenze che il dolo, nella sua definizione più classica, significa conoscere e volere gli elementi oggettivi del tipo penale. Tuttavia ciò non pregiudica un concetto normativo di dolo basato sulla consapevolezza che la condotta realizzata pone in serio pericolo il bene giuridico tutelato, per cui nella forma eventuale il dolo risiede nella consapevolezza del pericolo concreto che la condotta posta in essere comporta per il bene giuridico, nonostante il quale l’agente ne effettua l’esecuzione, presumendo o accettando in questo modo il probabile risultato lesivo. In altre parole, si ritiene che agisce con dolo chi, nonostante sia cosciente di generare un rischio reale e giuridicamente disapprovato, procede e continua a effettuare un’azione che sottopone la vittima a rischi rilevanti che l’agente non ha la certezza di poter controllare, senza che sia necessario perseguire esplicitamente la causazione del risultato, rispetto al quale deve rendersi conto e sapere che esiste un alto livello di possibilità che si realizzi. Nella valutazione della condotta individuale rientrano i parametri di ragionevolezza generici che l’agente non ha potuto non prendere in considerazione, senza che venga ritenuta ammissibile in quanto irragionevole, vana e infondata la speranza che il risultato non si realizzi, ipotesi infondata di fronte al risultato più logico dell’aggiornamento dei rischi generati dall’agente”²⁵.

Come si può vedere, la Corte Suprema con questa Sentenza, pur ammettendo formalmente la concezione dualista del dolo (rappresentazione e volontà), si dichiara, prontamente, decisa sostenitrice delle teorie cognitive, dando conferma così a una diffusa linea giurisprudenziale che comincia già a partire dagli anni novanta: “Quest’Aula, in particolar modo a partire dalla Sentenza del 23 aprile del 1992 (relativa al caso noto come “olio di colza” o “della sindrome di olio tossico”), ha applicato in diversi provvedimenti un

Emiliano vede invalidata la possibilità di difendersi dall’aggressione con l’asse di legno nel momento in cui all’improvviso sopraggiunge Juan María, mentre lo stesso Emiliano è a terra e sta lottando con Feliciano, e lo colpisce in modo inatteso.

Nel momento in cui colpisce in testa Emiliano con l’asse di legno, Juan María, persona che al momento dei fatti è affetto da alcolismo cronico, agisce in uno stato di intossicazione, causato dal consumo dell’alcol, tale da provocare una diminuzione della possibilità di controllare i propri impulsi, influenzandone la coscienza e la volontà”.

²⁵ A sostegno di tale argomentazione, la Corte Suprema cita le Sentenze 311/2014, del 16 aprile, e 759/2014, del 25 novembre.

criterio più che altro normativo del dolo eventuale, in cui l'elemento cognitivo o intellettuale ha la priorità su quello volitivo, poiché ritiene che l'agente agisca con dolo quando abbia avuto consapevolezza del rischio reale giuridicamente disapprovato per i beni tutelati dalla norma penale, e nonostante ciò continua con l'esecuzione della condotta [...] la prevalenza che viene concessa nei precedenti giurisprudenziali all'elemento intellettuale è dovuto a un'impostazione procedurale del problema. In modo tale che, *dopo aver dimostrato che un soggetto ha eseguito un'azione che genera un rischio reale elevato per il bene giuridico con consapevolezza che esista la probabilità che si produca un risultato lesivo, viene fatto ricorso a massime elementari dell'esperienza per dedurre che sta presumendo o accettando tale risultato*, o che comunque è indifferente al pregiudizio che probabilmente causerà con la sua condotta [...]. *E appare assai difficile nella pratica processuale che, una volta provato l'elevato rischio reale che genera l'azione e la sua conoscenza da parte dell'agente, non venga accolto perché provato l'elemento della volontà o del consenso anche se con una leggera o indebolita gravità*. A questo elemento volitivo attenuato vengono assegnati nomi quali 'assenso', 'assunzione', 'osservanza' e 'accettazione', in quella che la dottrina considera come una vera e propria dissezione alchemica della volontà, e che in realtà esplicita linguisticamente il livello di debolezza o precarietà con cui in questi casi l'elemento volitivo emerge dal dolo eventuale²⁶.

In altre parole: la Corte Suprema non si fa remore a riconoscere che, per evitare i problemi della prova, molto semplicemente *presume* la sussistenza di questo momento decisionale "leggero" o "precario" nel dolo eventuale sulla base della constatazione della conoscenza di un certo grado di rischio generato dall'azione. Il problema relativo alla misura di tale conoscenza si risolve, inoltre, soddisfacendo un criterio che è una vecchia conoscenza della dogmatica della colpa: quello del "cittadino comune messo al posto o nella stessa situazione dell'agente"²⁷.

²⁶ La Sentenza della Corte Suprema 69/2010 si pronuncia nello stesso senso.

²⁷ Questa tendenza ad ampliare il campo del doloso a scapito del propriamente colposo è visibile analogamente in una nuova linea della giurisprudenza spagnola, che negli ultimi anni ha applicato con una certa leggerezza la "dottrina dell'ignoranza della legge" per condannare come dolo i casi nei quali l'agente non aveva intenzione di realizzare il fatto tipico e agiva con un misto di rappresentazione ed errore. In merito, si rimanda a B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, *InDret* 3/2015, p. 1 ss.

Processi deduttivi come il precedente comportano, in definitiva, il rischio che il significato del soggettivo nella valutazione dell'illecito resti in penombra²⁸, quando la verità è che “la massima gravità e di conseguenza, il massimo della pena infliggibile, alla condotta dolosa può essere considerata soltanto perché l'agente ha voluto, in un modo o nell'altro, danneggiare beni giuridici altrui. Pertanto è tale ‘volizione del danno’ -senza voler qui entrare nel merito di come si prova che ci sia stata volizione- l'unica cosa in grado di giustificare l'inflizione di una pena maggiore, sia per ragioni di prevenzione generale e speciale sia della proporzionalità della risposta... Tutti sappiamo che nella pratica processuale la dichiarazione probatoria necessita di dati esterni (che non possono essere trascurati) che a loro volta devono essere oggetto di valutazione da parte di colui che giudica. La negazione da parte dell'imputato della consapevolezza dell'entità e della capacità dannosa dell'azione non può essere trasformata in un ostacolo insormontabile dell'azione effettuata con coscienza. Tuttavia le situazioni che possono presentarsi nei Tribunali non sono sempre così evidenti, e la soluzione, di fronte alla difficoltà, non può essere quella di rinunciare alle componenti volitive”²⁹.

4. *La costruzione del dolo eventuale come volontà e rappresentazione*

Malgrado il successo ottenuto dalle teorie cognitive, buona parte della dottrina non ha rinunciato a una concezione del dolo caratterizzata dai due elementi tradizionali, il cognitivo e il volitivo, anche se ovviamente non esiste unanimità al momento di stabilire in che cosa consiste la volontà del dolo eventuale e quale sia il criterio idoneo per distinguerlo dalla colpa con previsione.

4.1. *Principali tesi dualiste*

La manifestazione più influente della concezione volitiva del dolo storicamente è stata la *teoria dell'approvazione o del consenso all'evento*, in base alla quale viene richiesto, per affermare l'esistenza del dolo eventuale, insieme alla previsione del risultato, che il soggetto lo abbia

²⁸ In questo senso anche E. RAMÓN RIBAS, *El homicidio preterintencional*, cit., p. 141.

²⁹ G. QUINTERO OLIVARES, *Las vicisitudes del dolo*, cit., pp. 1584-1585. Anche E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 101.

approvato interiormente, ovvero, che sia stato d'accordo con lo stesso. In sostanza, le versioni di tale teoria che storicamente hanno avuto maggior diffusione sono due: quella elaborata sulla scia della seconda formula di Frank (se l'agente afferma: accada una determinata conseguenza od un'altra, in ogni caso io agisco); e in particolar modo quella che nasce dalla prima formula di Frank (se ciò che mi appare probabile fosse sicuro, agirei comunque -dolo eventuale-; se ciò che mi appare possibile fosse sicuro, non agirei -colpa cosciente-)³⁰.

Da parte sua, la *teoria dell'indifferenza o del sentimento* sviluppata da Engisch ha provato a puntualizzare la portata della prima formula di Frank, sostituendo la necessità dell'“ipotetica accettazione del risultato” con la constatazione di una “predisposizione soggettiva” dell'agente, dalla quale sia possibile dedurre l'assoluta indifferenza nei confronti dei beni giuridici tutelati nel tipo penale, constatando in questo caso dolo eventuale³¹.

La maggior parte delle critiche mosse a tale versione ne evidenziano l'impostazione dell'elemento volitivo, nella misura in cui al momento di richiedere al soggetto che “accetti” o “approvi” il fatto, si stia giudicandone “l'atteggiamento emotivo” prima della sua “volontà” in merito al pregiudizio del bene giuridico o, detto in altri termini, si confonde ciò che è “permesso in senso giuridico” da ciò che viene “interiormente desiderato” dall'individuo³².

Nella pratica, è assolutamente possibile immaginare casi nei quali l'agente valuta la produzione di un'ipotetica conseguenza che ritiene estremamente indesiderabile perché, di fatto, non gli permetterebbe di raggiungere l'obiettivo che sicuramente si prefigge e che preferisce, ma accetta tale circostanza di per sé non voluta, nella misura in cui non potrebbe ottenere il suo obiettivo principale in nessun altro modo; è quello che succede, per esempio, nel caso noto come “caso *Lacmann*”: nella bancarella del tiro a segno, un inesperto tiratore scommette venti marchi di essere in grado di sparare alla sfera di cristallo nella mano di una ragazza, con il suo colpo però la ferisce. La rigida applicazione della teoria del consenso

³⁰ C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 430; M.M. DIAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., p. 169.

³¹ K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, O. Liebmann, 1930, p. 95 ss. Questa teoria ha il grave ostacolo di indicare l'indifferenza come un modello limitante tra il dolo eventuale e la colpa cosciente, con il rischio che a venir giudicata sia la personalità dell'agente, e non la sua azione - cfr. J. BUSTOS RAMIREZ, *Política criminal y dolo eventual*, in *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2 (1984), p. 34; C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 433; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 45.

³² Cfr. G. STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte general, I. El hecho punible* (trad. de la 2. ed. alemana de M. Cancio Meliá y M.A. Sancinetti), Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 163 ss.; C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, cit., pp. 430-431, y M. M. DIAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., pp. 170-171.

condurrebbe, in questi casi, a negare la responsabilità dolosa del soggetto che ha prodotto tali risultati concomitanti, in quanto non li aveva approvati né accettati³³.

Peraltro, le formule di FRANK non rappresentano soltanto una caratterizzazione diretta del dolo eventuale, ma anche un “mezzo di conoscenza” per accertarlo. La prima deduce tale conoscenza dalla risposta che viene data alla domanda di come avrebbe agito il soggetto se fosse stato sicuro fin dall’inizio della produzione del risultato tipico: se la conclusione a cui si arriva è che avrebbe agito anche in caso di conoscenza precisa dell’evento, allora bisognerà valutare il dolo; in compenso, se la conclusione è che avrebbe ommesso il comportamento di conoscerne l’esatta portata, allora il dolo dovrà essere negato. Come si evince, la prima formula non ovvia ai problemi che sorgono quando si devono risolvere i casi come quelli citati in precedenza quindi, per esempio, nel caso *Lacmann* è sicuro che il soggetto non avrebbe agito se avesse avuto la certezza di fallire lo sparo, visto che allora avrebbe perso in anticipo la scommessa e di conseguenza l’agente non l’avrebbe accettato; ciononostante, deve essere valutato il dolo eventuale: il soggetto avrebbe incluso il fallimento al momento di calcolare il suo piano, ma le prospettive di successo per lui avevano un valore maggiore rispetto al rischio di sbagliare³⁴.

Si presta a un altro tipo di obiezione, la seconda formula di FRANK, secondo la quale, se il soggetto afferma: “accada una determinata conseguenza od un’altra, in ogni caso io agisco” allora il suo comportamento è doloso. In particolare, perché tale formula abbia una virtualità efficace, sarebbe necessario che l’agente prenda in considerazione con coscienza ciascuna delle circostanze che rappresentano la base della sua colpevolezza, cosa questa che non succede con frequenza (per esempio, nei delitti violenti o passionali, l’agente di solito non compie una riflessione cosciente sulla realtà della sua azione).

Tuttavia sono probabilmente i problemi posti dalla constatazione di un’ipotetica decisione a causare la maggior parte delle critiche dottrinali alla versione della teoria del consenso presentata da Frank.

³³ H. WELZEL, *Derecho Penal alemán. Parte general* -trad. de la 11. ed. alemana de J. Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez-, 2. ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1976, p. 102.

³⁴ C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 438; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 48.

In particolare, la difficoltà maggiore proviene dalla necessità di provare un fatto che in realtà non è avvenuto, e che costringe “il giudice a valutare al posto del soggetto attivo ciò che egli non ha mai valutato (ovvero considerare certo ciò che a lui è soltanto parso probabile) e che risponda in vece di tale soggetto alla domanda a cui lui non ha mai risposto (se immaginando sicuro il risultato, avrebbe ugualmente agito oppure no) [...]”. È vero che il giudice, qualora esamini la personalità del soggetto, può giungere a una conclusione in merito a quale sarebbe stato l’atteggiamento dell’agente, se invece di immaginare un risultato probabile lo avesse immaginato -cosa che al momento del fatto non ha fatto- come certo. Ma non illudiamoci: se la conclusione del giudice è che il soggetto avrebbe ugualmente agito come ha fatto anche nel caso in cui avesse avuto la certezza di ciò che solo gli era parso probabile, allora dovrà rispondere dell’accettazione del risultato che in realtà non ha dato, per via di una volontà che non ha avuto, per qualcosa che, in definitiva, non ha fatto [...] ciò che in realtà stabilisce nella teoria del consenso è se l’agente ha l’aspetto del reo o di una brava persona. Nel primo caso, la conclusione sarà che avrebbe detto sì alla causazione di un evento antiggiuridico piuttosto che rinunciare al proposito a cui puntava direttamente. E nel secondo caso, il suo aspetto da brava persona indurrà a credere che se si fosse immaginato il risultato come certo non avrebbe agito come lo ha fatto, con la conseguenza che potrà essere punito soltanto per imprudenza. [...] Tutti questi aspetti corrispondono al Diritto penale del nemico (autoritario) e non al Diritto penale di fatto (democratico), alla colpevolezza per il carattere e non alla colpevolezza del fatto”³⁵.

Di fronte a quanto precede, esiste all’interno della concezione dualista del dolo un’altra tendenza che si distingue soprattutto per il rifiuto delle posizioni che fanno corrispondere, in modo più o meno esplicito, l’elemento volitivo con gli atteggiamenti emotivi del soggetto rispetto all’oggetto penalmente tutelato, senza rinunciare alla costatazione di tale elemento per sostenere l’esistenza del dolo eventuale.

³⁵ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo eventual*, cit., p. 253. Analogamente, J. BUSTOS RAMIREZ, *Política criminal y dolo eventual*, cit., pp. 33-34; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 48; B. FEIJOO SÁNCHEZ, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, in CPC, 65 (1998), pp. 294-295.

Tra le diverse versioni delineate per definire il fattore volitivo del dolo (“accontentarsi di”, “accettare”, “tollerare”), ha avuto maggiore accettazione quella che lo descrive come una “decisione” dell’agente contro il bene giuridico³⁶.

I vantaggi che producono questa nuova tendenza possono essere sintetizzati nel modo seguente: in primo luogo, c’è la rinuncia al dilemma tra le caratteristiche cognitive e volitive nel momento in cui si deve stabilire il dolo; in secondo luogo, volontà e rappresentazione vengono raggruppate in un nuovo schema concettuale (“decisione”); infine, tale concetto basilare astratto viene preso come descrizione unitaria di ciò che significa dolo, nei diversi gradi³⁷.

Partendo dalle premesse precedenti, Roxin integra il contenuto dell’elemento decisionale con l’analisi congiunta di due fattori (la conoscenza della possibilità che si produca l’evento tipico e l’esecuzione del piano che guida l’azione dell’individuo): fattori che inoltre, permettono di differenziare il dolo eventuale dalla colpa cosciente; “Chi include nei propri calcoli la realizzazione di un fatto tipico riconosciuta come possibile, senza per questo farsi dissuadere dal compimento del suo piano, ha in tutta coscienza deciso -sebbene solo per il caso eventuale e spesso contro le sue stesse speranze di evitarlo- di andare contro il bene giuridico tutelato dal relativo fatto tipico. Tale «decisione del probabile danno ai beni giuridici» distingue il dolo eventuale nel suo contenuto di disvalore dalla colpa cosciente e giustifica una punizione più severa”³⁸.

In definitiva, le posizioni dogmatiche dualiste cercano di delimitare il confine tra dolo eventuale e colpa con rappresentazione tenendo conto di determinati fattori che dovrebbero essere presenti soltanto nell’azione dolosa e la cui assenza darebbe luogo, in quanto forma penale residua, all’imprudenza.

Quanto sopra non implica l’esclusione di altri tentativi della dottrina destinati giustamente a seguire il percorso opposto: la delimitazione del campo dell’illecito colposo

³⁶ C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 425. In questa stessa ottica si trova anche la tesi di Schroth. Da una posizione simile Hassemer fa riferimento alla decisione “a favore dell’illecito” – *Los elementos característicos del dolo* -trad. de M. M. Díaz Pita-, in *ADPCP*, t. XLIII (1990), p. 918.

³⁷ W. HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo*, cit., p. 916.

³⁸ C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, cit., pp. 425 y 427. Ciò nonostante, negli ultimi tempi, la concezione di questo autore si è mossa verso una posizione più oggettivo-normativistica (in merito, in modo critico, si rinvia a M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., pp. 86-87).

partendo dalla constatazione di alcune differenze strutturali dell'imprudenza rispetto al dolo³⁹. In tale contesto si inquadra il concetto di colpa come "errore rispetto all'evitabilità del risultato" (inizialmente elaborata da Kindhäuser⁴⁰ in Germania e sviluppata da Corcoy Bidasolo⁴¹ in Spagna), o la teoria della "colpa cosciente come errore sul nesso eziologico", seguita principalmente da De Francesco in Italia⁴².

4.2. Il consolidamento della concezione dualista nella giurisprudenza italiana

La questione della natura del dolo eventuale è stata affrontata nella giurisprudenza italiana in termini assai diversi rispetto a quella spagnola, tra le altre ragioni a causa dell'esistenza di specifiche disposizioni di legge che condizionano l'interpretazione di entrambe le figure: da una parte, l'articolo 43 del Codice Penale italiano definisce il dolo come previsione e volontà; dall'altro lato, l'articolo 61.3 dello stesso testo punitivo configura la colpa con previsione come un'aggravante di tale forma soggettiva.

Questo non ha impedito, comunque, che negli ultimi anni si sia sviluppato all'interno della dottrina e della giurisprudenza italiane un vivace dibattito intorno ai criteri che devono essere utilizzati al momento di distinguere in modo adeguato il dolo eventuale dalla colpa

³⁹ È questo l'obiettivo inseguito dalla teoria della "operosa volontà di evitare" di Armin KAUFMANN, *El dolo eventual en la estructura del delito. Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo* (trad. R. F. Suárez Montes), in *ADPCP*, t. XIII (1960), p. 185 ss. Alcune delle critiche a questa teoria sono presenti in E. STRUENSEE, *Consideraciones sobre el dolo eventual*, *InDret*, núm. 4/2009, p. 9 ss.; questo autore, esclude la possibilità di fare una distinzione tra dolo e colpa tenendo conto dell'elemento volitivo (visto che fa parte del concetto pregiudiziale di azione) e quindi, propone di occuparsi della natura e del numero di circostanze fattuali percepite dall'agente. Ciò nonostante, così come succede per altre teorie cognitive, sembrerebbe che la proposta di Struensee voglia dedurre, partendo dalla constatazione di date circostanze, una determinata "direzione" nella volontà dell'azione dell'agente doloso.

⁴⁰ U.K. KINDHÄUSER, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, in *ZStW*, 1 (1984), p. 1 ss. Questo autore rinuncia alla considerazione dell'elemento volitivo come modello per distinguere dolo eventuale da colpa, ponendo l'accento di distinzione nell'elemento cognitivo, non tanto nella consapevolezza del rischio o della probabilità che si realizzi l'evento, ma piuttosto nel grado di conoscenza che il soggetto ha rispetto a un'altra circostanza determinata: la capacità oggettiva di produrre, o evitare il risultato (conoscenza della funzione produttiva o preventiva); così, la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente risiederebbe nella constatazione di un elemento presente nella seconda e assente nel primo, l'errore sull'evitabilità del risultato: l'individuo che valuta in modo errato la propria capacità di impedire il risultato tipico, non prenderà le precauzioni richieste per evitarlo semplicemente perché non le considera necessarie (colpa cosciente); viceversa, il soggetto che conosce la propria incapacità di evitare il risultato e, malgrado ciò, continua ad agire, commetterà il fatto in modo doloso, anche senza volere che questo si produca (dolo eventuale).

⁴¹ M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 970-971.

⁴² A tale proposito, si veda per esempio G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1, p. 113 ss., y *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 2012, 5, p. 1974 ss.

cosciente⁴³, in special modo, al momento di chiarire quale deve essere la risposta penale rispetto a certe condotte che si sviluppano in un contesto di base lecita, caratterizzati da gravissime violazioni delle regole cautelari che provocano dei rischi molto più elevati rispetto a quelli generati dai comportamenti imprudenti “classici”: la reazione di fronte a questa nuova fenomenologia in Italia, ha fatto sì che buona parte della giurisprudenza abbandonasse poco a poco il, fino ad allora, monolitico principio tradizionale dell'*accettazione del rischio*⁴⁴ alla ricerca, in alternativa, di nuovi orizzonti, e cominciasse ad utilizzare a partire da quel momento, diverse formule definitorie del dolo eventuale, generando di conseguenza un livello non irrilevante di incertezza⁴⁵.

Così, è stato utilizzato dalla giurisprudenza italiana in modo frequente il criterio di *prevedibilità in concreto dell'evento*⁴⁶, in alcune occasioni è stata applicata in modo esplicito la prima formula di Frank⁴⁷, e in altre, in definitiva, è stato introdotto un criterio che si potrebbe considerare “economicistico”: il principio del giusto equilibrio (esiste dolo eventuale se l'evento illecito può essere considerato come “un prezzo - eventuale- da pagare per il raggiungimento degli scopi dell'agente della condotta”)⁴⁸.

Questo era, a grandi linee, il panorama della giurisprudenza italiana (arroccata sulle teorie dualiste, ma con argomentazioni confuse a difesa di tali posizioni) fino a quando viene emessa la Sentenza delle Sezioni Unite Penali della Corte Suprema di Cassazione sul caso *Thyssenkrupp*⁴⁹, nella quale veniva giudicata la responsabilità dell'amministratore delegato della società TKAST, per la morte di sette operai avvenuta all'alba del 6 dicembre del 2007, a

⁴³ A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le sezioni unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4.6.2015, pp. 1-5.

⁴⁴ Che è un'ulteriore variante della teoria del consenso, in virtù della quale si sostiene l'esistenza del dolo eventuale quando l'agente, oltre a prevedere il rischio, lo accetta, mentre invece la colpa cosciente viene rilevata in quei casi in cui lo stesso agisce con una ragionevole speranza che l'evento non si verificherà, rispetto alle critiche di questa teoria, e al successivo rinvio all'applicazione del dolo eventuale in caso di dubbio (rischio percepito e intellettualmente non risolto), si rinvia a M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., p. 91.

⁴⁵ In merito, si veda A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori*, cit., p. 5 ss.

⁴⁶ V. MONGILLO, *Il lato oscuro della rappresentazione: riflessioni sulla colpa con previsione alla luce della Sentenza Schettino*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14.2.2018, p. 15.

⁴⁷ Cfr. M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, 7/8, p. 2548 ss.

⁴⁸ S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 24 ss.

⁴⁹ Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, con nota di G.L. GATTA, *Caso Thyssenkrupp: depositate le motivazioni della sentenza delle Sezioni Unite (sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19.9.2014.

seguito dell'incendio di un'acciaieria di Torino, dopo il traboccamento di un deposito di olio utilizzato per il raffreddamento di rotoli di acciaio.

Questa sentenza si è posta l'obiettivo ambizioso di concretizzare il limite esatto tra il dolo eventuale e la colpa cosciente, e di porre rimedio al contrasto evidenziato in precedenti sentenze della Corte di Cassazione, che si era spostata su opzioni interpretative se non divergenti quantomeno notevolmente differenti⁵⁰. Per rispondere a una questione così complessa la Corte utilizza un'argomentazione di quasi cinquanta pagine, che culmina con una presa di posizione che si allontana in modo sostanziale dalla formulazione tradizionale della figura⁵¹.

L'obiettivo delle Sezioni Unite nel caso *Thyssenkrupp*, secondo quanto stabilito nella stessa Sentenza, non è quello di elaborare una nuova, discutibile e dettagliata tesi, da aggiungere alle ormai numerose che popolano il quadro teorico del dolo eventuale, ma uno di natura molto più pratica: delineare le caratteristiche di tale figura in modo netto, che ne consenta l'applicazione nella realtà di oggi nel modo più chiaro possibile, mettendo in questo modo fine alla cruciale incertezza che ha caratterizzato, nel passato, i processi penali particolarmente controversi come quello oggetto del procedimento penale⁵².

Nelle sue argomentazioni, la Sentenza dà una lettura spiccatamente "volontaristica" del dolo eventuale⁵³, prendendo in questo modo decisamente le distanze da "atteggiamenti nichilistici" che auspicano una definizione squisitamente normativa, oggettivizzante, del dolo eventuale⁵⁴.

In tal senso, si segnala che la disamina della figura deve partire dalla generale considerazione del dolo come la più intensa *adesione interiore al fatto*, costituita da conoscenza e volontà; rappresentazione e volizione secondo quanto stabilito dall'articolo 43 del Codice Penale italiano, nel quale si rimarca l'unione irrisolvibile della sfera intellettuale e volitiva dell'essere umano⁵⁵, anche se si riconosce che detta norma non offre indicazioni univoche

⁵⁰ A. AIMI, *Dolo eventuale o colpa cosciente? Il caso Thyssen Krupp approda alle Sezioni Unite*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4.12.2013; V. MONGILLO, *Il lato oscuro della rappresentazione*, cit., p. 10 ss.

⁵¹ A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori*, cit., p. 1.

⁵² Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, cit., p. 145 (§ 33).

⁵³ R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 11 (2014), p. 2572.

⁵⁴ Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, cit., p. 146 (§ 33).

⁵⁵ Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, cit., pp. 145-146 (§ 34).

che valgano a definire i confini dell'imputazione soggettiva, né aiuta a risolvere le questioni tradizionalmente controverse che solleva il dolo eventuale e i suoi limiti dinanzi alla colpa cosciente. Ciò nonostante, la Corte afferma che la lettura della formula legale contenuta nell'articolo 43 non lascia dubbi sulla necessità di valorizzare e quasi enfatizzare la componente volitiva del dolo eventuale: l'evento deve essere preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; non è semplicemente desiderato o sperato, ma una "conseguenza", un esito che dipende dal consapevole attivarsi od omettere⁵⁶.

Alle argomentazioni legali la Corte aggiunge altri ragionamenti che sembrano piuttosto di buon senso: tale teoria sottende una non realistica semplificazione e idealizzazione della realtà, che si basa su un soggetto che lucidamente analizza, discerne e si persuade nel senso della negazione dell'evento. Si tratta di una visione che si allontana di molto dalla varietà delle contingenze che si verificano nella vita quotidiana; una visione che può certamente considerarsi valida nel caso di scuola del lanciatore di coltelli, ma non nelle mille situazioni contingenti e irripetibili del reale, in modo particolare quando si cerca di analizzare il buio, opaco e subliminale mondo della colpa, nel quale abbonda la sconsideratezza, la superficialità e l'irragionevolezza nel processo decisionale.

Allo stesso tempo, si sostiene che il dubbio irrisolto circa la verifica dell'evento non permette, da solo, di sostenere la presenza del dolo a partire dalla mera percezione di una situazione rischiosa, poiché una tale soluzione interpretativa svuota tale forma di imputazione soggettiva di ogni reale contenuto volitivo che coinvolga la relazione tra condotta ed evento, la allontana in modo inaccettabile dalla categoria del dolo come atto di volontà e dà luogo ad una sorta di presunzione. Certamente il dubbio accredita l'ipotesi di un agire che implichi una qualche adesione all'evento, ma si tratta appunto solo di un'ipotesi che deve confrontarsi con tutte le altre contingenze del caso concreto, poiché chi agisce dubitando a volte si determina in condizioni di irrazionalità motivazionale, oppure versa in uno stato di opacità che rapporta il rimprovero giuridico alla sfera tipica della colpa⁵⁷.

⁵⁶ Cass. Pen. Allo stesso tempo, la Sentenza del caso *Thyssenkrupp* segnala che il Codice parla a proposito della colpa cosciente di *previsione concreta* dell'evento (senza peraltro fare alcun riferimento a un ipotetico processo di negazione dello stesso), il che comporta il rifiuto dei presupposti della dottrina e della giurisprudenza che individua nella colpa cosciente una previsione seguita da una controprevisione, cioè, da una previsione negativa circa la verifica dell'evento (Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, cit., p. 178, § 50).

⁵⁷ Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, cit., pp. 178-179 (§ 50).

In definitiva, la Corte identifica la nota caratteristica del dolo eventuale rispetto alla colpa cosciente nella presenza di una certa adesione interiore all'evento nel caso in cui questo si verifichi, che verrebbe a configurare, in definitiva, l'elemento volitivo in questa figura soggettiva⁵⁸.

Come sottolinea Cappellini, il fatto che la Sentenza del caso *Thyssenkrupp* scelga una delle diverse formule proposte dalla giurisprudenza per dirimere la questione del dolo eventuale già di per sé è un risultato di notevole importanza, perché pone fine all'ambiguità che in passato ha caratterizzato la giurisprudenza italiana rispetto al tema⁵⁹. Tuttavia è evidente che sostenere che “*l'adesione interiore*” dell'agente è ciò che caratterizza il dolo eventuale rispetto alla colpa cosciente non dice ancora nulla di concreto su *come stabilire precisamente* la sua presenza, un'incognita che a sua volta richiama il vero *quid* della questione: gli indicatori del dolo eventuale.

5. Epilogo: la ricostruzione del dolo eventuale tramite gli indicatori

Nessuna delle teorie dottrinali finora enunciate dalla dottrina sono sufficientemente adeguate, considerate singolarmente, per stabilire la sussistenza o meno del dolo in ciascuna fattispecie concreta che può sorgere nella pratica. E non possono esserlo, perché è impossibile accogliere in una sola formulazione teorica la soluzione all'enorme varietà di casi che, nella pratica (nella realtà umana), si possono presentare al confine tra dolo eventuale e colpa cosciente.

⁵⁸ Tuttavia, nel prosieguo la Sentenza segnala che anche la previsione dell'evento può essere diversa nel dolo eventuale e nella colpa cosciente: nel dolo non può mancare la puntuale, chiara conoscenza di tutti gli elementi del fatto storico propri del modello legale descritto dalla norma incriminatrice. In particolare, le istanze di garanzia in ordine al rimprovero caratteristico della colpevolezza dolosa richiedono che l'evento oggetto della rappresentazione appartenga al mondo del reale, *costituisca una prospettiva sufficientemente concreta*, sia caratterizzato da un apprezzabile livello di probabilità. Solo in riferimento ad un evento così definito e tratteggiato si può istituire la relazione di adesione interiore che consente di configurare l'imputazione soggettiva. Da parte sua, la colpevolezza colposa appare come una figura accentuatamente normativa nella quale la base psicologica solitamente manca o è insignificante, nella cui definizione possiede una particolare importanza, secondo la Corte, la particolare connessione cognitiva tra regola cautelare ed evento che si produce nella colpa cosciente, poiché in quel caso l'agente ha presente la *concreta situazione rischiosa* esistente. Tuttavia, di fronte a quello che accade nel caso del dolo eventuale, nella colpa cosciente è *sufficiente che l'evento esprima la concretizzazione del rischio cautelato dalla norma prevenzionistica*. Rispetto a tale evento la rappresentazione, nella colpa, può ben essere *vaga e alquanto sfumata*, pur preservando i tratti essenziali che connettono causalmente la violazione cautelare con l'evento medesimo (Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, cit., pp. 179-181, § 50).

⁵⁹ A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori*, cit., p. 19.

Il vero problema del dolo eventuale risiede nell'identificazione degli indicatori esterni adatti per dimostrare, in sede giudiziaria, l'esistenza o meno dell'elemento volitivo in relazione con il risultato concreto prodottosi, nella misura in cui la constatazione della rappresentazione della probabile produzione (questo è l'elemento cognitivo) risulta insufficiente al momento di affermare o negare che il comportamento è stato doloso.

Nel contesto del Codice Penale Italiano, risulta evidente in modo particolare alla luce delle disposizioni dell'articolo 43 (che richiede la constatazione di previsione e volontà). Tuttavia anche nel contesto del Codice Penale spagnolo, dove sono disciplinati un buon numero di reati che richiedono la prova di uno speciale elemento volitivo in funzione di un risultato determinato (come nel caso dell'omicidio commesso con premeditazione). Anche differenze come quelle tra un delitto di lesioni personali e un omicidio o un tentato omicidio, tra un furto proprio e un furto d'uso, ecc., sono comprensibili solo per il diverso contenuto della volontà che caratterizza la rispettiva fattispecie di reato⁶⁰.

Molto probabilmente, lo studio degli indicatori del dolo non ha ricevuto la giusta considerazione da parte della dogmatica penale, che si è mostrata forse più incline all'elaborazione di formulazioni teoriche che alla previsione delle conseguenze che, nella pratica, può avere la sua applicazione.

Ciò nonostante, già a partire dagli anni '90 Hassemer auspicava uno studio del dolo basato sull'analisi degli "elementi esterni di caratterizzazione" (indicatori), ordinati in tre sequenze: pericolo (esterno), rappresentazione (interna) del pericolo e decisione (interna) a favore della realizzazione del pericolo riconosciuto.

Così, "quando bisogna trattare la pericolosità oggettiva per il bene giuridico tipicamente tutelato, si determina per esempio la forza distruttiva di una bomba e la sua distanza dall'oggetto minacciato, la possibilità che un'arma ostentata venga anche utilizzata, la durata di un fatto dannoso (ad. es. lo strangolamento di una persona), la zona del corpo verso cui viene diretto l'attacco, l'esistenza o prossimità di un'azione di soccorso o di prevenzione del pericolo, ecc. A livello cognitivo (della rappresentazione del pericolo) per esempio la visibilità dell'evento viene stabilita tramite l'agente (la sua presenza sul luogo dei

⁶⁰ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 10. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 256 ss.

fatti, la prossimità spaziale dell'oggetto, la sua capacità di percezione, un disturbo passionale o causato dall'effetto di droghe che alteri tale capacità, l'aumento della stessa dovuto a qualità innate o professionalmente acquisite), la complessità vs la semplicità della situazione, il tempo necessario per effettuare osservazioni rilevanti, ecc. E inoltre si dovrebbero stabilire, a livello decisionale, la conferma di condotte attive di evitamento, la probabilità di autolesionismo in relazione con le motivazioni dell'agente, indicatori di particolare rilevanza quali la giovane età, la disabilità fisica, le peculiarità professionali, le condotte antecedenti del delinquente in contesti simili che possono essere messi in relazione, in modo rilevante rispetto al dolo, con la situazione attuale, indizi di legami affettivi tra il delinquente e la vittima, ecc. Questa differenziazione dovrebbe avere come conseguenza -già si intravede nella Giurisprudenza sul dolo- un crescente arricchimento delle indagini giudiziarie degli elementi esterni di caratterizzazione del dolo. Solo così si potrà procedere verso una corretta comprensione dello stesso”⁶¹.

Intesa in questo modo, la prospettiva normativa sulla concettualizzazione del dolo non crea ex novo la realtà né si basa su di essa, perché “quest’analisi di giudizio non perde di vista la razionalità della nostra cultura, in concreto la cultura giuridica. Ciò significa che tale prospettiva, prima di prendere le distanze dalle valutazioni quotidiane presenti nella società, cerca di avvicinarsi ad esse, passandole al setaccio dell’interpretazione giuridica”⁶².

⁶¹ W. HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo* (trad. M.M. Díaz Pita), in *ADPC*, t. XLIII (1990), pp. 929-930 [originariamente pubblicato in tedesco in G. DORNSEIFER (dir.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989; in italiano, tradotto da Stefano Canestrari, W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 1991, 3, p. 497].

⁶² M.M. DIAZ PITA *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, in *Revista penal*, 17 (2006) p. 66.

Gli sforzi della dottrina per affrontare il tema della delimitazione degli indicatori concreti del dolo eventuale si sono moltiplicati negli ultimi anni sia in Spagna⁶³ che in Italia⁶⁴, tuttavia almeno la giurisprudenza del primo paese non ha ancora per il momento intrapreso un compito analogo in sede di sistematizzazione ed esplicitazione attraverso le sue risoluzioni.

Perciò, deve senza dubbio essere applaudito (e anche visto con una certa invidia dai confini spagnoli) l'impegno profuso dalla Sentenza *Thyssenkrupp* delle Sezioni Unite nell'offrire un elenco completo, anche se non completamente esaustivo, dei diversi indizi che, in sede giudiziaria, possono servire per ricostruire il processo decisionale dell'agente e, di conseguenza, stabilire la presenza sia del dolo eventuale, che della colpa cosciente⁶⁵:

-La condotta che caratterizza l'illecito soprattutto nei delitti di sangue (le caratteristiche dell'arma, la ripetizione dei colpi, le parti prese di mira).

-Nell'ambito governato da discipline cautelari, la lontananza della condotta standard, “poiché quanto più grave ed estrema è la colpa tanto più si apre la strada ad una cauta considerazione della prospettiva dolosa” (in particolar modo nei reati di circolazione stradale, nei quali l'agente ha mostrato una determinazione estrema, la volontà di correre, per diverse

⁶³ In Spagna, risultano particolarmente significativi gli sforzi di R. RAGUES I VALLES, *Consideraciones sobre la prueba del dolo*, in *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 4 (2004), p. 13 ss. Eppure, il metodo proposto dall'autore non appare convincente per due ragioni; tra queste, le difficoltà che comporterebbe per colui che deve giudicare giungere alla convinzione, in primo luogo, che esiste una determinata “regola di reciproca attribuzione di conoscenza tra cittadini” applicabile al caso concreto e, in secondo luogo, che tale regola può contare su un “ampio consenso sociale”, ma, che tipo di mezzo di prova, sottoposto a contraddizione, permetterebbe di verificare se una condotta determinata debba essere o meno ritenuta “forzosamente cosciente da un punto di vista dell'interazione sociale?”; come sottolinea Donini, il sentimento sociale è del tutto irrazionale e mutevole nel valutare i diversi rischi che ci circondano, per cui basterebbe una campagna di stampa per mutare tutta la giurisprudenza (“Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente”, cit., 84). D'altra parte, questo processo deduttivo ricorda molto quello utilizzato per la costruzione dei criteri oggettivi dell'“uomo comune” che vengono tradizionalmente utilizzati per definire l'imprudenza (ovvero, una forma di illecito meno grave che la dolosa), con l'aggravante che in questo ambito “i doveri di diligenza” vengono in buona parte normati e sistematizzati, cosa che invece difficilmente può essere sostenuta in merito a delle ipotetiche “regole di attribuzione di conoscenza” (che peraltro, ci direbbero non quello che il soggetto sapeva, ma quello che si presume *dovrebbe aver saputo*).

⁶⁴ In Italia, è necessario far riferimento in questo contesto a M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., p. 107 ss. Però, è giusto anche rivendicare F. BRICOLA come uno dei pionieri, in questo argomento (*Dolus in re ipsa*, cit., p. 16 ss.).

⁶⁵ Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, cit., p. 183 ss. (§ 51). Analizza in modo dettagliato e critico tali indicatori A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori*, cit., pp. 23-32.

ragioni, rischi altissimi senza porre in essere alcuna misura per tentare di governare tale eventualità).

-La personalità, la storia e le precedenti esperienze talvolta indiziano dolo eventuale (per esempio, nel caso della donna che aveva trasmesso il virus HIV al partner, vi era l'esperienza di un evento analogo che aveva colpito il precedente compagno, conducendolo alla morte) oppure colpa cosciente (per esempio, nel caso del pilota d'auto con grande esperienza temprato da molte gare che confida nell'abilità acquisita, maggiore di un conducente ordinario, per evitare eventuali contingenze critiche).

-Le caratteristiche dell'individuo (la sua cultura, l'intelligenza, la conoscenza del contesto nel quale sono maturati i fatti) possono avere insomma, un peso indiscutibile, soprattutto nell'ambito del profilo conoscitivo del dolo eventuale.

-La durata e la ripetizione della condotta (un comportamento repentino, impulsivo, accredita l'ipotesi di un'insufficiente ponderazione di certe conseguenze illecite).

-La condotta successiva al fatto (la fattiva e spontanea opera soccorritrice può aver peso nell'accreditare un atteggiamento riconducibile alla colpa e non al dolo eventuale).

-Il fine della condotta, la sua motivazione di fondo, e la sua compatibilità delle conseguenze collaterali (cioè, la congruenza del "prezzo" connesso all'evento non direttamente voluto rispetto al progetto d'azione).

-La probabilità di verifica dell'evento (un'elevata probabilità dell'esito non è sufficiente per accreditare la presenza del dolo diretto, ma è un indicatore significativo).

-Le conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verifica dell'evento (che accreditano in modo ricorrente, soprattutto nel campo dell'infortunistica stradale, l'ipotesi colposa).

-Infine, l'analisi controfattuale alla stregua della prima formula di Frank. (che può essere un forte indicatore del dolo, anche se non può essere in nessun caso decisivo).

Sicuramente sarà difficile che i pronunciamenti della Sentenza *Thyssenkrupp* riescano a consolidarsi in modo definitivo nella giurisprudenza italiana⁶⁶, non c'è dubbio però che

⁶⁶ Di fatto, esistono già risoluzioni della stessa Corte di Cassazione che prendono le distanze da alcuni dei pronunciamenti del caso *Thyssenkrupp*. Come, per esempio, La Sentenza Acerbi (Cass. Pen., Sez. I, 28.10.2014. n. 52530) che riprende il criterio dell'*accettazione del rischio* nel momento in cui giudica l'imputato di aver dato fuoco al suo appartamento, provocando un incendio che in seguito ha causato la morte di due vicini del piano

devono essere considerati un passo da gigante nella strada verso l'accertamento del vortice che circonda il dolo eventuale.

Abstract

Questo articolo esamina le tesi dottrinali che ruotano intorno al concetto di *dolus eventualis* e alla loro diversa configurazione nella giurisprudenza spagnola e italiana. In Spagna, la prassi giudiziaria è decisamente a favore delle teorie cognitive, trascurando l'elemento volitivo. Mentre, in Italia, le Corti si sono concentrate su entrambe le componenti essenziali del *dolus eventualis* e su come provarle in giudizio.

Abstract

This article examines the doctrinal theses built around the concept of *dolus eventualis* and their different reception in Spanish and Italian Jurisprudence. In Spain, judicial practice is decidedly in favour of cognitive theories, disregarding the volitional element. However, in Italy the courts have focused on two components essential to *dolus eventualis* and how to test them.

Cadice, novembre 2020.

di sopra (cfr. M. DOVA, *Dolo eventuale: la Cassazione ritorna al passato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 marzo 2015, p. 1 ss.). Da parte sua, la Sentenza *Schettino* nel caso *Costa Concordia* (Cass., sez. IV, 12 maggio 2017, n. 35585), interpreta il contenuto dell'elemento conoscitivo in modo diverso rispetto alla sentenza *Thyssenkerupp* (cfr. V. MONGILLO, *Il lato oscuro della rappresentazione*, cit., p. 10 ss.).