



1506  
UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI URBINO  
CARLO BO

UUP  
URBINO  
UNIVERSITY  
PRESS

# DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di  
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

[uup.uniurb.it](http://uup.uniurb.it)







**INCONTRI  
E PERCORSI**

---

**N.04**

INCONTRI E PERCORSI è un collana multidisciplinare che nasce nel 2022 e raccoglie le pubblicazioni di convegni e mostre promossi e organizzati dall'Università di Urbino.

### **Volumi pubblicati**

**01.**

*Le carte di Federico. Documenti pubblici e segreti per la vita del Duca d'Urbino* (mostra documentaria, Urbino, Biblioteca di san Girolamo, 26 ottobre - 15 dicembre 2022), a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Marcella Peruzzi, UUP 2022

**02.**

*Paolo Conte. Transiti letterari nella poesia per musica*, contributi di studio a cura di Manuela Furnari, Ilaria Tufano, Marcello Verdenelli, UUP 2023

**03.**

*Il sacro e la città*, a cura di Andrea Aguti, Damiano Bondi, UUP 2024



1506  
UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI URBINO  
CARLO BO

UUP  
URBINO  
UNIVERSITY  
PRESS

# DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di

Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

## **DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI**

a cura di Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

*Progetto grafico*

Mattia Gabellini

*Referente UUP*

Giovanna Bruscolini

PRINT ISBN 978-88-31205-54-2

PDF ISBN 978-88-31205-52-8

EPUB ISBN 978-88-31205-53-5

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:

<https://uup.uniurb.it>

© Gli autori per il testo, 2024

© 2024, Urbino University Press

Via Aurelio Saffi, 2 | 61029 Urbino

<https://uup.uniurb.it/> | e-mail: [uup@uniurb.it](mailto:uup@uniurb.it)

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da StreetLib (<https://www.streetlib.com/it/>)

# SOMMARIO

SAPERE DI SAPERE	11
Alessandro Bondi	

## **PARTE I: RELAZIONI**

TEORIA E PRASSI: UNA PROSPETTIVA DI <i>COMMON LAW</i>	31
George P. Fletcher	

GIURISPRUDENZA E SCIENZA DEL DIRITTO PENALE	37
Luís Greco	

RIFLESSIONI SUL DIFFICILE RAPPORTO TRA PRINCIPI E PRASSI	49
Sergio Moccia	

DIRITTO PENALE: TEORIA SENZA PRASSI?	63
Tullio Padovani	

SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI NEL DIRITTO PENALE: UNA PANORAMICA	73
Francesco Palazzo	

DIRITTO PENALE E NUOVE TECNOLOGIE: UNA SFIDA PER LA PRASSI E PER LA TEORIA	83
Lorenzo Picotti	

## **PARTE II: INTERVENTI**

QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI IN DIRITTO PENALE	97
Antonio Cavaliere	

UN POSSIBILE UTILIZZO DEI SISTEMI DI IA PER LO STUDIO DELLA PRASSI COMMISURATIVA	119
Fabio Coppola	

PRASSI, TEORIA, LEGISLAZIONE	131
Stefano Fiore	

LA DIALETTICA TRA TEORIA E PRASSI NELLA DOGMATICA DEL DOLO EVENTUALE	137
Gabriele Fornasari	
INTELLIGENZA ARTIFICIALE E INTERPRETAZIONE DELLA NORMA PENALE	151
Alessio Infantino	
TEORIE E PRASSI DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA	183
Elena Mattevi	
L'ESECUZIONE DELLA PENA IN CARCERE TRA TEORIA E PRASSI	193
Antonia Menghini	
TEORIA E PRASSI DI UN DIRITTO PENALE DEL CLIMA	205
Rosa Palavera	
<b>PARTE III: CONTRIBUTI</b>	
QUANDO LA VITTIMA DEL REATO È IL MINORE: STRUMENTI E RIFLESSIONI PER UNA CORRETTA AUDIZIONE	243
Giada Alessandrini	
IMBRIGLIARE LA PRASSI DEL PUNIRE: LE <i>CHANCES</i> DISPERSE DI UNA TEORIA DELLA RISPOSTA AI REATI	265
Luciano Eusebi	
«REPRESSIONE È CIVILTÀ (*)»? A PROPOSITO DI VIOLENZA SESSUALE, FEMMINICIDI E RUOLO DEL DIRITTO PENALE	275
Adelmo Manna	
INUTILITER DATO	305
Vincenzo Bruno Muscatiello	
LA CONSUMAZIONE DEL REATO TRA TEORIA E PRASSI. MUOVERSI SUI CONFINI	355
Beatrice Panattoni	
I LUOGHI DI PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL MIGRANTE NEL DIBATTITO SULLA MATERIA PENALE	381
Filomena Pisconti	
IL CONCETTO <i>ONNIVORO</i> DI SICUREZZA	393
Gianluca Ruggiero	

# LA DIALETTICA TRA TEORIA E PRASSI NELLA DOGMATICA DEL DOLO EVENTUALE

Gabriele Fornasari

Professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Trento

Non esiste cultore del diritto penale che non si sia dovuto occupare a qualche titolo della vessata questione del confine tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Anche nella remota eventualità di non averne trattato nell'ambito della propria attività di ricerca – remota perché si tratta sì di un tema di parte generale, che però condiziona anche una quantità di situazioni che ineriscono alla parte speciale –, il penalista non può esimersi dall'informarsi sul punto al fine di prendere una posizione in vista della necessità di spiegare agli studenti che cosa sia in gioco su quella delicata e controversa linea di confine.

Ma qui cominciano i problemi.

Chi si è impegnato a fare una rassegna di tutte le teorie che si sono succedute e che sono tuttora presenti sul campo, per non parlare delle sottoteorie che da esse sono germinate, ha ben presto perso il conto, arrendendosi di fronte al loro inarrestabile profluvio, determinato anche dal fatto che molto spesso schemi teorici eleganti e ben costruiti finiscono per essere messi in discussione dalla complessità dei dati del reale.

Ciò non toglie che nel mucchio si possano individuare concezioni più appaganti ed altre meno appaganti, ma il punto dolente è che anche le più raffinate sono in grado di spiegare molte situazioni, ma non tutte, e in modo più o meno evidente tutte sono costrette a piegare le categorie del dolo e della colpa a seconda delle proprie esigenze.

Per intenderci, chi sposta maggiormente l'asse verso la valorizzazione del dolo eventuale non può non tendere a svalutarne fortemente l'aspetto volitivo a vantaggio di quello rappresentativo, mentre chi, volendo difendere l'idea del dolo come volontà, sposta l'asse verso la valorizzazione della colpa cosciente, finisce talvolta per assegnare all'ambito della colpa situazioni che non è agevole qualificare come mere violazioni di regole cautelari.

Certo, in molti casi il confine può apparire chiaro, ed è confortante rifarsi ai vecchi esempi manualistici del dolo eventuale esemplificato dal caso del soggetto che colloca una bomba in una piazza cittadina a scopo di protesta accettando il rischio che l'esplosione provochi la morte di qualche passante e della colpa cosciente esemplificata dall'indimenticabile caso del lanciatore di coltelli del circo, che traccia con i coltelli il profilo della sua partner e che invece non accetta il rischio di colpirla con uno di essi.

Allo stesso modo, è confortante rifarsi al rassicurante modello teorico che fonda questo quadro esemplificativo, ovvero quello dell'accettazione del rischio, o dell'indifferenza, che a sua volta caratterizza gran parte della manualistica, e non soltanto italiana.

Vero è che da questa base concettuale piuttosto semplificata si dipartono poi modelli teorici più sofisticati, che però, in un modo o nell'altro, non escono mai del tutto da quegli argini, limitandosi a specificare meglio aspetti che concernono di volta in volta determinate caratteristiche soggettive dell'autore, le modalità con cui ha cercato di schermare il rischio o le conoscenze causali di cui disponeva.

Come anticipato, a mettere sotto stress questo impianto concettuale vi è il fatto che talvolta le circostanze concrete in cui i fatti penalmente illeciti vengono realizzati non sembrano agevolmente collocabili nelle caselle categoriali elaborate dalla dottrina tradizionale.

Il problema poi è acuito dal fatto che il terreno di elezione del dibattito sul confine tra dolo eventuale e colpa cosciente – e non solo sul piano teorico ma anche e soprattutto sul piano delle evenienze concrete – è costituito da casi di omicidio, ciò che rende la questione drammatica, perché, nel nostro come nella maggior parte degli ordinamenti penali, tra la soglia massima della pena prevista per l'omicidio colposo e la soglia minima prevista per quello doloso vi è un'autentica voragine.

Nel caso italiano, per esempio, a fronte di un massimo per la colpa che è di sei anni e otto mesi tenendo conto dell'aggravante dell'art. 61 n. 3 c.p. (peraltro non applicabile in tutti i casi in quanto bilanciabile con eventuali attenuanti per il meccanismo dell'art. 69 c.p.), abbiamo un minimo per il dolo che è di ventuno anni, dunque il giudice, quando si trova a dover optare per una soluzione o per l'altra, non è chiamato solo ad operare una corretta scelta dogmatica in ordine alla qualificazione del fatto sul piano soggettivo, ma deve prendere una decisione che comporta enormi conseguenze sulla libertà dell'imputato, potendosi in astratto differenziare il suo trattamento sanzionatorio, a seconda della

scelta fatta, di qualcosa come quattordici anni e quattro mesi di reclusione, come minimo.

Alcune recenti costellazioni di casi hanno posto la questione in tutta la sua complessità.

L'elenco non sarebbe breve, sicché mi limiterò a prendere spunto da due vicende giudiziarie che ben rappresentano quale sia la posta in gioco.

Il "caso Lucini" riguardava un soggetto che aveva contratto il virus Hiv, ma non lo aveva mai comunicato alla giovane moglie, con la quale intratteneva i normali rapporti sessuali di una coppia giovane e, a quanto risulta dagli atti, affiatata, mentre continuava a curarsi in una struttura sanitaria di una città diversa a sua insaputa.

Ma, mentre la sua malattia regrediva, a un certo punto fu proprio la moglie ad ammalarsi gravemente avendo contratto anch'essa lo stesso virus, a causa del quale trovò in poco tempo la morte.

Gli accertamenti processuali convinsero il giudice di prime cure dell'esistenza della relazione causale tra i rapporti sessuali che erano intercorsi all'interno della coppia, ritenendosi che si potessero escludere tutti i possibili fattori causali alternativi, ovvero eventuali rapporti sessuali con uomini diversi dal marito oppure contatti ematici dovuti a trasfusioni o ad altre cause.

Sicché, il problema da risolvere per stabilire i termini della condanna da infliggere all'imputato era quello della qualificazione dell'omicidio a lui ascrivibile sul piano dell'elemento psicologico, trattandosi indubbiamente di un caso collocabile proprio sulla linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Non diversamente si presentava il problema nell'ancor più famoso e dibattuto caso ThyssenKrupp.

Qui si trattava di decidere circa la responsabilità dell'amministratore delegato e dei membri del Consiglio di Amministrazione della ben nota azienda multinazionale, accusati di avere dismesso e/o non aggiornato impianti di sicurezza la cui corretta predisposizione avrebbe potuto scongiurare il tragico evento della morte di alcuni operai, bruciati vivi durante la loro attività lavorativa senza che fosse possibile ai loro compagni, proprio a causa di tali carenze precauzionali, portare loro i necessari soccorsi.

Ho citato queste due drammatiche vicende, che hanno dato luogo a processi molto controversi, perché mi pare che diano un'adeguata testimonianza della difficoltà di risolvere casi di confine tra dolo e colpa con il tradizionale strumentario dottrinale, ma anche e soprattutto di come in fondo

sia stata la giurisprudenza, ovvero la prassi, portando un omaggio solo formale alla risultanze dottrinali sul punto, a farsi carico dell'individuazione di soluzioni confacenti rispetto a obiettive esigenze di giustizia sostanziale.

Mi spiego.

La mia tesi è che la magistratura, con queste ed altre sentenze che sono state avallate dalla Corte di Cassazione, abbia avviato a soluzione vicende in relazione alle quali appaiono insoddisfacenti i classici connotati del dolo e della colpa attraverso l'individuazione, di fatto se non di diritto, di un *tertium genus* intermedio tra le due tradizionali attribuzioni dell'elemento psicologico del reato.

Beninteso, la giurisprudenza non ha introdotto – né poteva farlo, dato il principio di legalità – una nuova categoria giuridica non prevista dal codice penale, come invece una parte della dottrina ha suggerito ma in una prospettiva *de iure condendo*, attingendo almeno come tendenziale ispirazione a modelli tratti dallo studio comparatistico, come la *recklessness* anglosassone o la *mise en danger délibérée de la personne d'autrui* disciplinata dal codice penale francese.

Non lo ha fatto, certo, ma ha raggiunto in sostanza il medesimo risultato attraverso un accorto uso della modulazione sanzionatoria.

Per meglio motivare questa affermazione, è il caso di seguire l'andamento delle due vicende giudiziarie, sicuramente molto interessanti per le loro conclusioni, ma ancora di più per i passaggi non rettilinei, nell'ambito dei diversi gradi di giudizio, con cui sono stati raggiunti.

Il giudice monocratico del Tribunale di Cremona, nel decidere in prima istanza del caso Lucini, optò per la configurazione del delitto commesso come omicidio doloso, rifacendosi a uno strumentario teorico non lontano da quello esposto con eleganza ed efficacia in un lavoro monografico allora da poco pubblicato, proprio sul rapporto tra dolo eventuale e colpa cosciente, a firma di Stefano Canestrari<sup>1</sup>.

La decisione di primo grado venne tuttavia ribaltata dalla Corte d'Appello di Brescia, che qualificò invece il fatto come omicidio colposo, alla luce di una configurazione del dolo tendente a privilegiarne l'aspetto squisitamente volitivo, facendo riferimento per esempio alla concezione espressa in un'altra opera dottrinale allora relativamente recente, ovvero il libro sul dolo come volontà pubblicato da Luciano Eusebi<sup>2</sup>.

1 Si fa riferimento a S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle fattispecie delittuose*, Giuffrè 1999, 1-350.

2 Si veda L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Morcelliana 1993, 1-228.

Chiamata in causa in ultima istanza, la Corte di cassazione confermò la decisione della Corte d'Appello.

Mentre tutto sommato può considerarsi fisiologico che nei diversi gradi di giudizio emerga una qualificazione giuridica differente di un determinato fatto – ivi compresa, come in questo caso, una modifica dell'inquadramento dell'elemento psicologico –, ciò che appare davvero interessante nello svolgimento di questa vicenda giudiziaria è il modo in cui i giudici che si sono succeduti nel trattarla hanno lavorato sul profilo della commisurazione della pena.

Astrattamente, infatti, la scelta di “derubricare” il fatto da omicidio doloso a omicidio colposo avrebbe dovuto portare con sé un abbattimento molto consistente del carico sanzionatorio per il condannato, alla luce dell'esistenza di quadri edittali che, come anticipato, determinano una pena minima della reclusione di ventuno anni per il primo delitto e una pena massima di sei anni e otto mesi per il secondo, inclusa l'aggravante della colpa con previsione.

Ma così non è stato del tutto, poiché, al momento di determinare in concreto la sanzione da infliggere, il Tribunale si è discostato di molto dai limiti edittali del dolo, nella direzione di una notevole mitigazione della pena, individuando nelle pieghe della legislazione ogni appiglio per ridurne la quantità, mentre la Corte d'Appello al contrario, è andata nella direzione di un forte inasprimento della pena per il fatto colposo – peraltro con una mitigazione dovuta all'applicazione di istituti processuali –, effettuando un'operazione di cernita volta ad individuare spunti normativi idonei ad aumentarne la quantità.

In entrambi i casi, sono stati valorizzati soprattutto profili legati alla figura dell'autore, che paradossalmente viene fatto apparire come un povero disgraziato in balia degli eventi laddove è intervenuta la condanna per dolo e invece un personaggio moralmente impresentabile quando si è scelto di imputargli un fatto colposo.

Non meno interessante, a questo riguardo, è la vicenda giudiziaria relativa al caso ThyssenKrupp.

Non tragga in inganno il fatto che qui la sentenza definitiva opta per un'imputazione colposa a carico di tutti gli imputati.

Ciò è vero, ma vi sono due elementi da tenere in attenta considerazione ai fini della valutazione di quanto qui trattato.

In primo luogo, esattamente come nel caso Lucini, la pena irrogata a tutti i condannati è notevolmente superiore al massimo edittale previsto

per l'omicidio colposo – anche in questo caso facendo leva, in modo pienamente legittimo, su tutte le potenzialità aggravanti offerte dalla legislazione –, evidentemente in ragione di una insoddisfazione per la prospettiva di assegnare una sanzione come quella prevista per la “sola” colpa, senza tuttavia voler configurare il dolo come elemento psicologico del fatto.

In secondo luogo, va notato come nel giudizio di merito espresso dalla Corte d'Appello di Torino si era inizialmente deciso di distinguere il titolo di responsabilità dell'amministratore delegato da quello degli altri imputati, attribuendo a quello un omicidio doloso, con dolo eventuale, e a questi un omicidio colposo, con colpa cosciente.

In questa sede, non interessano tanto le ragioni che hanno portato ad effettuare tale distinzione, fondata in sostanza sul maggior potere decisionale detenuto dall'amministratore delegato, ma un altro aspetto, che si lega, ancora una volta, alla determinazione in concreto della pena irrogata.

Infatti, è interessante segnalare che, ad onta del fatto che, come già ricordato, vi sia nel codice penale una voragine tra il massimo di pena previsto per l'omicidio con colpa cosciente e quello con dolo (anche eventuale, visto che per esso non è prevista una specifica circostanza attenuante), il trattamento sanzionatorio stabilito a carico dei vari soggetti imputati nel processo è invece abbastanza simile, e in tutti i casi intermedio tra il massimo previsto per la colpa ed il minimo previsto per il dolo, non molto diversamente da quanto è avvenuto con la sentenza definitiva che assegnava a tutti una responsabilità per colpa.

La mia tesi, allora, è che quel *tertium genus* tra dolo e colpa che non è contemplato nella nostra legislazione, diversamente da quanto avviene in alcune esperienze straniere, e la cui prospettazione in chiave *de lege ferenda* è stata suggerita da una pur minoritaria dottrina, sebbene non abbia una cittadinanza “ufficiale” nel nostro ordinamento vi sia stato tuttavia introdotto *de facto* dalla giurisprudenza, facendo leva non su un'astratta concezione dogmatica (che allo stato attuale della legislazione non sarebbe stata difendibile), ma sul concretissimo terreno della commisurazione della pena, giungendo in tal modo, con qualche forzatura in fin dei conti tollerabile, al medesimo risultato, ovvero quello di catalogare quelli che noi tradizionalmente definiamo come dolo eventuale e colpa cosciente come gli elementi di una unica figura intermedia, quella che si potrebbe definire come responsabilità da rischio intollerabile, o sconsiderato.

In effetti, si tratta di casi nei quali davvero “non sembra abbastanza” ascrivere una semplice responsabilità per colpa, dato che vi è molto di più,

dal punto di vista del rimprovero per il fatto, di una mera violazione di una regola cautelare seguita causalmente da un evento dannoso, ma al contempo “sembra troppo” arrivare ad imputare il fatto per dolo, posto che il profilo della volontà è al limite soltanto lambito, con un trionfo di quell’elemento rappresentativo che non dovrebbe poter esaurire il dolo.

E d’altro canto il tradizionale tratto distintivo tra dolo e colpa individuato nell’accettazione o non accettazione del rischio non regge ad un vaglio attento, dato che in fondo il rischio dell’evento è accettato sia nel dolo eventuale che nella colpa cosciente, mentre il vero dato discriminante è costituito dalla convinzione di poter evitare l’evento stesso, un dato cioè caratterizzato da una componente soggettiva di problematico accertamento, ma, nel nostro ordinamento, di drammatica rilevanza, perché, nel caso del delitto di omicidio, se ne fanno dipendere conseguenze pratiche di enorme rilievo, alle quali la giurisprudenza citata è riuscita a sfuggire aggirando il problema con l’uso degli strumenti disponibili grazie alla flessibilità del sistema sanzionatorio.

Del resto, un pur rapido sguardo al diritto comparato ci mostra che istituti come la *recklessness* nel diritto inglese e la *mise en danger délibérée de la personne d’autrui* introdotta nel diritto francese con il codice penale del 1994 siano sorti proprio in risposta ad esigenze pratiche dello stesso tipo, emerse da casi dei quali risultava insoddisfacente la qualificazione sia all’interno del dolo che all’interno della colpa, dei quali anche a me pare opportuno mantenere la natura originaria che denota il primo come il regno della volontà o di una rappresentazione in termini di certezza dell’evento (rispettivamente, nel nostro costruito concettuale, dolo intenzionale e dolo diretto) e la seconda come l’ambito di un’assenza di cautela a cui è sufficiente collegare la prevedibilità dell’evento lesivo<sup>3</sup>.

Infatti, se vogliamo ricordare qualche esempio si può pensare, riguardo alla *recklessness*, al caso Cunningham, in cui l’autore aveva strappato un contatore del gas dal muro della cantina di una casa disabitata, per potere così sottrarre del denaro che sapeva trovarsi nascosto in quel luogo, ma con ciò aveva provocato una fuoriuscita di gas che, diffondendosi

3 Resta fondamentale, sul punto, l’opera monografica di Francesca Curi, *Tertium datur*. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell’elemento soggettivo del reato, Giuffrè 2003, 1-285, con ampi spunti comparatistici e una proposta *de iure condendo*; nella stessa direzione si collocano peraltro anche spunti rintracciabili in M. Donini, *Teoria generale del reato. Una Introduzione*, Cedam 1996, 1-475, 329, L. Eusebi, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, «RIDPP» 2000, 1053-1101, 1089 (n. 102), nonché G. Fornasari, *Dolo, errore sul fatto ed aberratio ictus*, in Cadoppi et al., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Giappichelli 2001, 155-197, 173.

nell'aria, era filtrato nella casa adiacente ed era stato inalato dalla vittima, la cui vita era stata seriamente messa in pericolo; qui in sede di appello era stata esclusa l'imputazione per dolo, in assenza dell'intenzionalità malvagia, specificando che il fondamento sottostante all'imputazione per *recklessness* è costituito dalla effettiva conoscenza del rischio per la vittima e dall'assunzione deliberata di quel rischio<sup>4</sup>.

Peraltro, in alcune pronunce successive il presupposto si è relativizzato, come nel caso Lawrence, in cui la condanna per *recklessness* è stata emessa dalla *House of Lords* in un caso nel quale veniva imputata al soggetto la previsione delle conseguenze dannose della condotta anche prescindendo da una effettiva indagine psicologica, in considerazione del fatto che esse erano oggetto di un rischio ovvio e serio (l'autore, in presenza di un limite di velocità di 30 miglia orarie, aveva percorso con la sua motocicletta alla velocità di 70 miglia orarie – oltre 110 chilometri all'ora – una strada del centro di un piccolo paese in un momento di traffico particolarmente intenso, investendo e provocando la morte di un pedone che stava attraversando la strada dopo essere uscito da un negozio<sup>5</sup>).

Riguardo alla categoria disciplinata in Francia dall'art. 121-3/2 del *code penal*, qui si dispone che, allorché la legge lo preveda, si può avere delitto in caso di messa in pericolo deliberata della persona altrui, e si deve segnalare che il comma citato è collocato tra la disposizione secondo la quale non c'è crimine né delitto senza l'intenzione di commetterli (art. 121-3/1) e quella che definisce la colpa (art. 121-3/3), secondo cui vi è delitto, se la legge lo prevede, in caso di imprudenza, negligenza o di violazione di un obbligo di prudenza o di sicurezza previsto da legge o regolamento, se si stabilisce che l'autore del fatto non ha adempiuto alla normale diligenza, tenuto conto della sua missione e delle sue funzioni, delle sue competenze, nonché dei poteri e dei mezzi di cui disponeva. Dunque la scelta pare anche qui quella dell'individuazione di una categoria soggettiva intermedia<sup>6</sup>.

4 Ulteriore esemplificazione in G. Fornasari-A. Menghini, *Percorsi europei di diritto penale*, Cedam 2012, 3<sup>a</sup> ed., 1-250, 82 ss.

5 Per un opportuno approfondimento, questi pochi cenni possono essere integrati con la consultazione del recente articolato saggio di G.M. Caletti, *Recklessness*, in ED, I Tematici, II, *Reato colposo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, 1047-1075, 1047 ss., che prende in esame in particolare lo sviluppo storico e l'attuale posizione nel diritto vivente inglese della *recklessness*.

6 Così B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz 2021, 27<sup>a</sup> ed., 1-821, 274 s. Il principale riferimento di parte speciale concerne, prevedibilmente, l'omicidio (art. 221-6 c.p.). Lo stesso Autore afferma che le iniziali perplessità circa una possibile arbitrarietà della fissazione di questo "élément moral" sono state almeno in parte fugate da interventi della Corte di Cassazione, citati in nota, che hanno

Anche in relazione a questa esperienza, risulta molto interessante uno sguardo sullo spettro applicativo della disposizione, dato che a distanza di poche settimane, nell'anno 1999, la *Cour de Cassation* l'ha utilizzata per decidere due casi che con ogni probabilità secondo il nostro metro di valutazione configurerebbero uno un'ipotesi di dolo eventuale, l'altro un'ipotesi di colpa cosciente.

Nel primo caso, si trattava di due sciatori che si erano lanciati con lo *snowboard* da una pista chiusa per ragioni di sicurezza ed avevano così provocato una valanga che aveva messo in pericolo la vita di un gruppo di persone che si trovavano a valle; a nulla era valsa la consapevolezza del rischio, attestata con certezza dal fatto che il servizio meteorologico aveva diramato un bollettino di massimo pericolo di valanghe, che l'accesso alla pista era interdetto da una corda ed erano stati apposti cartelli che segnalavano il divieto e che infine gli sciatori erano stati messi in guardia dal gestore della seggiovia; secondo i giudici, l'aver intrapreso la discesa nonostante tutti i divieti e le controindicazioni era da considerare sintomatico dell'accettazione del rischio determinato dalla condotta, un presupposto da noi riconducibile di regola al dolo eventuale.

Solo un mese prima, peraltro, la stessa Corte aveva affermato che, per riscontrare una responsabilità penale ai sensi della stessa norma, non è necessario accertare che l'autore abbia avuto effettiva conoscenza del rischio prodotto dal proprio comportamento, stabilendo la regola secondo cui la conoscenza del rischio si deduce dalla violazione manifesta dell'obbligo di cautela; quello che si richiede non è cioè la volontà o l'accettazione del rischio di provocare il risultato lesivo, ma la coscienza del pericolo per l'interesse tutelato, presunta dalle modalità di aggressione, anche se accompagnata dalla speranza della mancata concretizzazione del pericolo, ovvero, secondo i nostri parametri, un profilo più vicino alla colpa cosciente.

In Francia come nel Regno Unito, dunque, troviamo una categoria dogmatica, di creazione rispettivamente legislativa e giurisprudenziale, che comprende in sé sia le situazioni in cui noi facciamo appello al dolo pur nella consapevolezza dell'assenza di volontà da parte dell'autore, sia quelle in cui facciamo appello alla colpa consci che la concretizzazione del rischio non è prevedibile ma preveduta.

In tal modo, pertanto, si isola con chiarezza come dolo soltanto quell'atteggiamento soggettivo che è connotato dalla effettiva volontà e come

stabilito alcuni criteri delimitativi abbastanza soddisfacenti, con particolare riferimento al settore più spesso interessato, ovvero quello della circolazione stradale.

colpa soltanto quell'atteggiamento soggettivo che è meritevole di un rimprovero decisamente meno grave in quanto mera violazione di una regola cautelare che l'autore avrebbe dovuto collegare al rischio di un evento dannoso.

Tutta la zona grigia intermedia merita una qualificazione autonoma, perché si tratta di qualcosa di diverso, non più mera colpa e non ancora effettivo dolo<sup>7</sup>.

Mentre in altri ordinamenti, come visto, ciò è già sedimentato assegnando ufficialmente un *nomen iuris* a questa particolare configurazione dell'elemento psicologico, da noi le cose sono andate in modo diverso, pur se con una sostanziale coincidenza degli esiti.

Infatti, la giurisprudenza si sta sempre più orientando verso quella stessa soluzione agendo sull'aspetto più concreto, ovvero non sulla costruzione di categorie dogmatiche nuove, ma piuttosto sulla determinazione del carico sanzionatorio – che in fondo è quanto veramente importa –, commisurando sistematicamente la pena in quella fascia intermedia che in effetti può essere considerata corrispondente alla reale gravità del fatto.

Certo, questa soluzione basata sul buon senso ha contribuito a definire in modo adeguato diverse vicende giudiziarie ed è probabile che prenda sempre più piede in virtù dei suoi esiti fin qui tutto sommato appaganti, ma rappresenta pur sempre un *escamotage* giurisprudenziale, con il difetto di non dettare una regola capace di guidare in modo vincolante l'atteggiamento futuro dei giudici.

Per questo, sarebbe preferibile che si giungesse ad un intervento legislativo che prenda atto di questa realtà, introducendo un *tertium genus* comprendente le situazioni intermedie caratterizzate da condotte tenute deliberatamente e sconsideratamente in presenza di un rischio non tollerabile di lesione di un bene giuridico<sup>8</sup>.

Seguendo le linee direttive della proposta presentata dall'Autrice che più di chiunque altro ha delineato in chiave dogmatica i connotati di questa

7 Quando G.M. Caletti, *Recklessness*, cit., 1047 s., presenta la categoria inglese come concetto vago e dalla definizione non pacifica e non priva di ambiguità non ha certo tutti i torti, ma a mio avviso il suo connotato essenziale, che pure viene colto dall'Autore, è agli occhi del comparatista proprio quello della trasversalità, che lo rende non facilmente afferrabile alla luce dei nostri parametri, ma al contempo idoneo, come scrive lo stesso Caletti, a dischiudere orizzonti comparatistici notevoli, ciò che peraltro non implica l'impulso ad un'importazione "non sdoganata".

8 In realtà, qualcosa del genere è avvenuto in Italia nel caso specifico dell'introduzione nel 2016 del delitto di omicidio stradale (art. 589-bis c.p.), configurato inequivocabilmente dal legislatore come omicidio colposo, ma con carichi sanzionatori che in certe situazioni tipizzate dalla norma finiscono per avvicinarsi a quelli dell'omicidio doloso.

categoria, si potrebbe pensare a una riforma eventualmente limitata alle fattispecie di omicidio e lesioni – sostanzialmente le uniche in relazione alle quali il problema si pone in termini reali – individuando espressamente limiti edittali intermedi fra quelli attualmente vigenti per le condotte dolose e colpose per i casi nei quali è stata messa coscientemente in pericolo l'altrui vita, in un caso, e incolumità fisica, nell'altro, mediante l'attuazione di un grave rischio che si traduce poi nella morte o nelle lesioni del soggetto passivo<sup>9</sup>.

Poi, è chiaro che, per stare agli esempi tradizionali della nostra manualistica, la condotta del lanciatore di coltelli che sbaglia il lancio e colpisce il corpo della partner durante uno spettacolo circense è meno grave di quella di chi colloca un ordigno in una piazza del centro cittadino come atto dimostrativo per protestare contro le centrali nucleari, con la conseguenza del ferimento o della morte di un passante, ma per questo vi dev'essere un adeguato spazio edittale all'interno del quale si terrà conto dei criteri oggettivi e soggettivi di commisurazione della pena, peraltro già utilizzati in modo nel complesso soddisfacente dalla giurisprudenza sopra menzionata.

In ogni caso, anche questo relativo margine di elasticità presenta problemi enormemente inferiori rispetto a quelli della – astratta – situazione normativa attuale, in cui il giudice è lasciato solo, davanti a una scelta, tra dolo eventuale e colpa cosciente, obiettivamente non guidata da criteri euristici univoci e altamente drammatica dal momento che in relazione al delitto di omicidio, se si dovesse fare sul serio con il rispetto dei quadri sanzionatori legislativamente fissati, la differenza di pena in casi di confine fra una categoria e l'altra – e un confine, come si sa, piuttosto indistinto – risulta abissale.

Dunque, vediamo che la prassi ha aggirato i problemi pressoché insolubili posti dalla dottrina e ha di fatto costruito una categoria dogmatica che non trova riconoscimento legislativo.

Il risultato corrisponde ad obiettive esigenze sostanziali di giustizia, ma ci interroga su inadempienze del legislatore e autoreferenzialità della dottrina.

Sulle prime, si potrebbe dire che esse sono ben poca cosa rispetto alle molte inadempienze ancor più gravi che sono oggi riscontrabili in capo al nostro legislatore penale – basti pensare ai temi dell'umanizzazione delle carceri e ai trattamenti di fine vita –, ma non è tanto di questo che vorrei occuparmi in chiusura, bensì della posizione della dottrina.

9 Cfr. F. Curi, *Tertium datur*, cit., 240 ss., a cui faccio rinvio anche perché la sua proposta è più articolata di quanto espresso nel testo, ma qui non ho lo spazio per soffermarmi su tutti i suoi dettagli.

Per farlo, ritorno su una pagina del saggio di Lucio Monaco dal cui titolo l'intero nostro incontro ha tratto spunto.

Discutendo della precarietà del rapporto tra scienza del diritto penale e prassi applicativa all'interno di una sorta di neogalileiano dialogo dei massimi sistemi, insinuava Monaco che il criminologo potrebbe domandare al penalista come pensa che possano trasferirsi nella prassi applicativa, al momento di effettuare una delimitazione fra dolo eventuale e colpa cosciente, criteri discretivi fondati sul convincimento dell'agente circa la probabilità dell'evento, o su una valutazione di mera possibilità di subentrare nel medesimo, ovvero ancora sull'indifferenza verso di esso, o meglio sull'approvazione dello stesso, o addirittura sulla rassegnazione circa il suo verificarsi o infine su un giudizio soggettivo di non improbabilità dello stesso<sup>10</sup>.

L'immaginario dialogo proseguiva concentrandosi, dopo un serrato botta e risposta, sulla necessità, non soddisfatta dai giuristi secondo il giudizio di Monaco, di individuare "indicatori" osservabili, esaurienti e indispensabili al fine di fornire informazioni rilevanti per un meccanismo di differenziazione che altrimenti rischia di restare un elaborato impianto teorico privo di una linea rigorosamente unitaria.

In realtà, anche rapportandoci all'oggi, quando di tali indicatori la giurisprudenza prova ad occuparsi è frequente che il discorso cada sul senso comune o peggio ancora scivoli verso una catalogazione per tipi d'autore.

E allora la prassi decide di prescindere dalla teoria, e come dimostrato dagli esempi sopra riportati, che sono tutt'altro che isolati, ignora di fatto impostazioni dottrinali raffinate ma prive di reale capacità euristica<sup>11</sup> – salvo magari far loro sterile omaggio onorandole di una citazione – e punta al risultato, ovvero a pronunce sul caso concreto che diano equilibrata soddisfazione a evidenti esigenze di giustizia, introducendo un modello applicativo che la dottrina, nella sua maggioranza, ha preferito non tematizzare.

Una severa lezione di realismo, che sarebbe bene non ignorare anche in vista di scenari futuri.

10 Così, testualmente, L. Monaco, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in «StUrb» 1980-81, 397-493, 482 s.

11 Il rapporto di potenziale tensione tra teoria generale del reato di matrice dottrinale e sua applicazione processuale non è certo un tema nuovo: se ne è occupato a livello monografico S. Fiore, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, ESI 2007, 1-219, soprattutto 63 ss., con considerazioni ancora perfettamente attuali che mettono in luce distonie e arroccamenti che, per responsabilità addebitabili a entrambi i fronti, non sembra davvero facile superare.