

## **Scelta irrazionale e dolo eventuale. Una applicazione “a singhiozzo” dei criteri Thyssen.**

di *Michele Spina*

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Il caso. – 3. La sentenza. – 4. Modello imperfetto, applicazione infedele. – 5. “Ragioni” del problema.

### **1. Premessa.**

La sentenza che si annota permette di sviluppare alcune riflessioni in merito al controverso tema del dolo eventuale. Non però riguardo alla fondazione dommatica della figura, di certo irriducibile all’interno di queste brevi note, ma rispetto alla sua incidenza in vicende come quella in commento in cui l’autore agisce mosso da pura irrazionalità, senza cioè commisurare interessi e svantaggi e persino senza un movente facilmente individuabile.

In tali frangenti, come si vedrà, i principi fissati dalle Sezioni Unite ThyssenKrupp sembrano non consentire un adeguato apprezzamento della componente volitiva del dolo. Con la necessità di definire un peculiare statuto per le ipotesi di tal fatta.

### **2. Il caso.**

Una infermiera in servizio presso il reparto di neonatologia dell’Ospedale di Perugia viene tratta a giudizio per essersi sfogata con violenza su una bimba di appena tredici giorni di vita. All’origine dello sfogo il fatto che l’infermiera si era sporcata la divisa con le feci della neonata all’atto di cambiarle il pannolino. Per ciò solo la donna afferrava sul fianco destro la bambina e, «con fare brusco e alterato», la portava presso un fasciatoio collocato nella stanza adiacente, per poi riporla malamente nella propria culla. Quindi le pronunciava contro la frase «ora stai tutta la notte nella tua merda». La bambina, a causa degli scuotimenti, riportava lesione gravissima ex 582 e 583 c.p., consistente in frattura scomposta del femore della gamba destra. La donna non era nuova a comportamenti analoghi: a due infermiere in tirocinio testimoni al processo aveva persino confessato di odiare i bambini e che da lei non avrebbero avuto nulla da imparare.

### **3. La sentenza.**

Il Tribunale monocratico di Perugia ha condannato l’imputata ritenendo integrato il dolo di lesioni, quantomeno nella sua forma eventuale. Ha valorizzato a tal fine le circostanze seguenti: la pluralità e la reiterazione delle manovre violente, le frasi pronunciate dall’imputata nei diversi contesti sopra menzionati, l’alibi falso

ripetutamente fornito a medici e colleghi, la posizione di soggetto qualificato destinatario di specifici obblighi di cura e attenzione, nonché gli ulteriori obblighi che si imponevano all'infermiera in considerazione delle problematiche condizioni di sviluppo della bambina, partorita prematuramente da sua madre<sup>1</sup>.

Il riferimento a tali circostanze, si badi, è ancora generico: non viene esplicitato in che modo esse influiscano ma solo viene detto che esse influiscono.

Il Tribunale evoca però subito dopo alcuni dei cd. indicatori della sentenza a Sezioni Unite ThyssenKrupp<sup>2</sup>, ed è qui che si chiarisce il significato probatorio delle circostanze summenzionate.

Anzitutto, attraverso l'indicatore della "lontananza alla condotta standard", il giudicante ritiene che la condotta «violenta, brutale e reiterata» dell'imputata configuri un caso di grave ed estremo discostamento dalle linee guida medico-legali; ciò, peraltro, in una situazione di criticità che imponeva l'adozione di ulteriori cautele e precauzioni.

Si utilizza poi il criterio attento alla "personalità, alla storia ed alle precedenti esperienze dell'imputato", le quali, secondo le Sezioni Unite, indiziano la "piena, vissuta consapevolezza delle conseguenze lesive che possono derivare dalla propria condotta". Il comportamento della donna non era stato infatti episodico, poiché sistematici erano stati gli atteggiamenti «deontologicamente scorretti e persino irrispettosi nei confronti dei neonati presenti in reparto». Si richiamano pure le due frasi pronunciate da parte dell'imputata e ritenute parimenti significative nel delinearne la complessiva personalità: quella dal sapore programmatico rivolta alle infermiere in tirocinio («da me non imparerete niente perché io odio in bambini»), nonché quella proferita contro la bambina («ora stai tutta la notte nella tua merda»). Ancora, si valorizza il parametro della "durata e ripetizione della condotta". La sussistenza di ben «quattro condotte violente, brusche, rabbiose e brutali poste in essere (...) in rapida successione tra loro, nell'arco di qualche minuto», porta il Tribunale a concludere nel senso che non ci si trovi «a cospetto di un comportamento repentino e non meditato, ma quantomeno di lucida accettazione del rischio di verifica dell'evento», in ossequio – si sostiene – «ai canoni del c.d. dolo eventuale».

Infine, ad integrare l'ulteriore criterio della "condotta successiva al fatto", si dà rilievo all'alibi falso ripetutamente fornito dall'imputata tanto nell'immediatezza dei fatti, quanto successivamente; mentre ad integrare il parametro della "probabilità di verifica dell'evento", si evidenzia ancora una volta che l'infermiera, in ragione delle specifiche competenze possedute, era perfettamente consapevole dell'attitudine lesiva della propria gratuita irruenza.

Sono dunque cinque gli indicatori utilizzati. A ben vedere, però, la sentenza sembra richiamarsi anche a un sesto criterio, citando a conclusione un bravo motivazionale

<sup>1</sup> Il riferimento è al §3.3 (p. 131-141) della sentenza annotata, laddove il Tribunale si occupa dell'elemento soggettivo del reato contestato.

<sup>2</sup> Ci si riferisce, ovviamente, al catalogo di indizi o indicatori presente al § 51 di S.U., 24.4.2014 (dep. 18.9.2014), n. 38343, Espenhahn e altri, p. 183 s.

di un precedente di legittimità apparentemente conforme al caso esaminato<sup>3</sup>. Nella massima si allude – pur con notevole ambiguità<sup>4</sup> - al parametro enucleato dalla prima formula di Frank, per cui ricorre il dolo eventuale quando possa dedursi che l'agente non si sarebbe trattenuto dal compiere la condotta neppure avendo contezza della sicura verifica dell'evento. Nell'appellarsi alla forza del precedente richiamato, in effetti, l'estensore si appella anche alla pertinenza del criterio in oggetto.

Ad ogni modo, conclude il Tribunale che, per «tutte le considerazioni già svolte», le lesioni in discorso si prefigurarono «compiutamente e concretamente nella mente dell'imputata», la quale, «tanto in ragione delle specifiche competenze possedute quanto in ragione della reiterazione della propria condotta, agì nella sostanziale certezza che lo specifico evento lesivo poi concretamente occorso si sarebbe verificato».

#### **4. Modello imperfetto, applicazione infedele.**

Il Tribunale dichiara esplicitamente di tener fede ai principi formulati dalle S.U. ThyssenKrupp, ma tale promessa è contraddetta da un'applicazione parziale e sofferta di quei principi. Atteggiamento che – lo anticipiamo - risulta del tutto giustificato, attese le peculiarità del caso da decidere.

Non è questa la sede per ripercorrere gli snodi di un arresto giurisprudenziale tanto complesso e importante come quello delle S.U. ThyssenKrupp. Se ne può qui solo tracciare una sintesi per titoli, rinviando per il resto ad altri contributi<sup>5</sup>. Queste in breve le conclusioni raggiunte dalle S.U.: adesione alla teoria della volontà, rigetto del criterio dell'accettazione del rischio, favore per la logica del bilanciamento tra finalità primarie del soggetto e prezzo da pagare per realizzarle, innovativa e centrale valorizzazione del momento probatorio mediante la creazione di un catalogo di c.d. indicatori del dolo eventuale.

Di tanto il Tribunale pare occuparsi esclusivamente dell'ultimo punto, radicalizzando la tendenza ad assorbire il problema del dolo minimo nel significato probatorio che esso assume nel processo<sup>6</sup>. Ciò che è in parte coerente con il metodo

<sup>3</sup> Cass. Pen., Sez. V, n. 21696 del 16 ottobre 2015, non massimata, relativa al caso di un padre che, per placare l'intemperanza della figlia, l'aveva presa per il collo procurandole lesioni guaribili in cinque giorni. Proprio la scarsa gravità delle lesioni arrecate, tuttavia, testimonia la difficoltà di assimilare tale fatto a quello oggetto della sentenza annotata, specie in relazione all'elemento soggettivo.

<sup>4</sup> Il riferimento pare infatti potersi leggere anche come implicita adesione alla teoria dell'accettazione del rischio, contro le indicazioni delle S.U. Thyssen.

<sup>5</sup> Peraltro autorevolissimi, v. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1967 s; Romano, *Dolo eventuale e corte di cassazione a sezioni unite, per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2015, p. 559 s; Bartoli, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2572 s; Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1938 s.

<sup>6</sup> In un processo di commistione ben esplicitato da Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 539: «(...) la prova surroga l'oggetto e si verifica un interscambio di

inaugurato dalla sentenza a S.U., volto a far emergere dalle nebbie delle astrazioni uno strumentario di criteri praticabili, utili cioè al giudice della singola controversia; ma che, d'altro canto, urta con la filosofia soggettivo-volontaristica della stessa sentenza, laddove il momento processuale è bensì valorizzato, ma in quanto funzionale a disvelare la volontà interiore dell'agente e cioè un *quid* ontologicamente distinto dai suoi criteri d'accertamento<sup>7</sup>.

Sottigliezze, si dirà: che il Tribunale di Perugia abbia badato più al processo che alla sostanza, invertendo la scansione logica della decisione di massima legittimità, è cosa normale in una fase di merito. Non era certo richiesto al giudice, prima, di focalizzare l'attenzione sui teorici connotati del dolo eventuale, ma piuttosto d'accertare se essi ricorressero nella vicenda concreta.

La definizione della figura in termini sostanziali è però presupposto implicito del suo accertamento processuale. Certo, il richiamo alla sentenza Thyssen può presumersi fatto nella sua integrità e, dunque, anche alla definizione del coefficiente mentale riflesso nei suoi dati indizianti; senonché, il Tribunale si lascia sfuggire una affermazione in controtendenza, nella parte in cui desume dal protrarsi dell'*iter criminis* una «lucida accettazione del rischio di verifica dell'evento», in ossequio, si dice, ai «canoni del c.d. dolo eventuale». Quei canoni, però, da Thyssen in poi sono cambiati: non più «accettazione del rischio di verifica dell'evento», ma accettazione dell'evento stesso pur di agire nel senso voluto dall'agente per un fine egoisticamente ritenuto prevalente. Una svista - peraltro irrilevante - o una dichiarata ribellione al modello?

Ciò che infatti a prima vista può apparire un errore dettato dalla tonda sonorità della formula di stile tradizionale, che parlava appunto di accettazione del rischio, ad una attenta e meditata lettura della sentenza può anche rivelare i sintomi d'una nascosta insofferenza.

Altrettanto accidentale, inoltre, può sembrare un ulteriore aspetto della motivazione rassegnata, e cioè il diretto richiamo a soli cinque degli undici indicatori proposti dalle Sezioni Unite. La selezione, tuttavia, può anche essere letta quale deliberata scelta del Tribunale, non tanto di offrire giustificazione razionale a una decisione intuitiva già assunta, come pure sarebbe maliziosamente prospettabile, ma di lanciare un ulteriore segnale d'insofferenza.

Ma insofferenza a cosa?

Presumibilmente, a un modello poco calzante rispetto a situazioni come quella di cui il Tribunale ha dovuto occuparsi.

---

piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato dall'esigenza probatoria) come in un gioco di specchi nel quale prova ed oggetto si confondono, poi si alternano ed infine si sovvertono».

<sup>7</sup> Ragionamento qui brutalmente riassunto, ma esposto con esaustività al § 50. In tal senso la sentenza si smarca dalla considerazione degli indicatori quali espressione di un *quid* spirituale che non si troverebbe propriamente nei fatti; in particolare, dalle concezioni di Hassemer e Hruschka, per cui gli indicatori sostanziano, in qualche modo, essi stessi il dolo quale concetto disposizionale. Cfr. in argomento la ricostruzione storica di Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2014, p. 1953 s.

Il modello delle Sezioni Unite è calibrato sull'uomo razionale, che dalla previsione dell'evento trae spunto per un ragionamento sul proprio agire, anche repentino, ma mai inquinato da spinte emotive; egli, se in dolo eventuale, decide di agire a costo di sacrificare il bene potenzialmente a rischio, ma dopo averne ponderato convenienze e svantaggi. Altrimenti è in colpa<sup>8</sup>.

Le Sezioni Unite si confrontano con incidenti stradali provocati da macroscopiche violazioni del codice della strada, con infezioni da HIV di pazienti sieropositivi incuranti di trasmettere il virus ai propri partner, con amministratori di società alle prese con i costi delle misure antinfortunistiche a tutela della salute dei lavoratori. Casi complessi nei quali, però, la rabbia e le passioni forti non hanno alcuna cittadinanza.

Non sorprende allora che il Tribunale perugino ometta di riferirsi agli indicatori del catalogo Thyssen di marca più schiettamente logico-razionalistica. Ad esempio, il parametro n. 6: "motivazione della condotta e compatibilità con essa delle conseguenze collaterali", spiegato come "congruenza del prezzo connesso all'evento non direttamente voluto rispetto al progetto d'azione"; oppure il parametro n. 8: "conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verifica dell'evento"; oppure il parametro n. 10: "ricerca di tratti razionali che sottendono la condotta", con irrilevanza degli "stati emotivi", a meno che non lumeggino "l'iter [che] abbia condotto ad un atteggiamento fiducioso"; o, per finire, il parametro n. 11, la c.d. formula di Frank, evocata soltanto implicitamente attraverso l'ambiguo rinvio al richiamato precedente giurisprudenziale.

I parametri ignorati, calati nella situazione di riferimento, avrebbero in effetti potuto condurre a determinazioni opposte: anche a ritenere esistente un progetto d'azione nella mente dell'infermiera, esso non avrebbe potuto che apparire incongruente rispetto al prezzo connesso alla causazione del grave trauma inferto alla neonata, in termini disciplinari, professionali, penali e risarcitori (n. 6); la verifica dell'evento comportava infatti conseguenze negative e lesive per lo stesso agente (n. 8); forse era persino rinvenibile un atteggiamento di speranza che il comportamento criminoso, per quanto eticamente malsano, non avrebbe causato lesioni tanto gravi (n. 10); ma, soprattutto, l'interessata avrebbe davvero agito ugualmente se si fosse prospettata come certa la frattura femorale scomposta a danno della bambina (n. 11)? Da questo punto di vista la soluzione adottata potrebbe suscitare qualche perplessità<sup>9</sup>. Del resto, lo stesso criterio legato alla "personalità, alla storia ed alle precedenti

---

<sup>8</sup> Sul punto, per tutti, Di Giovine, *Il dolo eventuale tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it): «Le principali costruzioni del dolo eventuale (...) si basano sull'idea dell'agente quale soggetto autoriflessivo, cosciente in ogni suo comportamento, consapevole delle sue motivazioni e, come se non bastasse, continuamente impegnato in aritmetiche operazioni di pesatura/ bilanciamento di beni, rischi, finalità o quant'altro».

<sup>9</sup> Benché si possa comunque obiettare - ed è la critica rivolta da autorevole dottrina proprio al ragionamento sviluppato dalle Sezioni Unite, in specie da Bartoli, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssen*, in *Giur. It.*, 2014, 11, p. 2565 s - che una lettura siffatta dei criteri darebbe rilevanza a fattori estranei rispetto al contesto di condotta,

esperienze dell'imputato" si presta a una lettura opposta: l'infermiera aveva già mostrato in passato una certa avversione nei confronti dei neonati ricoverati nel reparto, sfogandosi contro di loro a volte verbalmente e a volte con atteggiamenti di analoga e ingiustificabile stizza. Ma, a quanto risulta, mai le era capitato di arrecare lesioni ai neonati. Potrebbe così far difetto proprio la vissuta consapevolezza delle conseguenze lesive sottesa al criterio in questione. E, in effetti, ad avviso delle Sezioni Unite, indizia il dolo eventuale l'ipotesi del contagio da HIV tramite rapporto sessuale quando però vi è esperienza della malattia trasmessa al precedente compagno, poi deceduto; mentre versa in colpa cosciente il soggetto sieropositivo di livello culturale talmente basso da non comprendere le conseguenze delle proprie azioni. In definitiva, negli esempi fatti dal Supremo Collegio, la personalità e l'esperienza sono parametri ambigui, perché se l'ignoranza o l'im maturità o l'eccesso di confidenza possono provare l'addebito colposo, di contro la conoscenza e la maturità – immancabili presupposti per una lucida comparazione tra i beni in gioco – rimandano alla propensione volontaristica<sup>10</sup>.

Sul punto, in realtà, decisivo ci pare piuttosto – fuori dai rimproveri eticizzanti per le frasi rivolte qua e là alle indifese creature - il rilievo, anch'esso valorizzato dal Tribunale, della specifica qualifica professionale rivestita, contro ogni presunta ingenuità o inesperienza dell'interessata. Ma, ragionando così, si trascurerebbe l'aspetto dirimente da cui siamo partiti e cioè che la prognosi razionale viene nel caso di specie intaccata dal presumibile crollo nervoso dell'imputata nelle operazioni di cambio del pannolino.

##### **5. “Ragioni” del problema.**

È a questo punto utile ricordare la funzione che, secondo la prospettiva delle Sezioni Unite Thyssen, assolvono i c.d. indicatori del dolo eventuale. Questi servono principalmente a ricostruire «il processo decisionale ed i suoi motivi ed in particolare il suo culmine (...), che si realizza con la adozione di una condotta che si basa sulla nitida, ponderata consapevolezza della concreta prospettiva dell'evento collaterale;

---

fattori che, peraltro, sarebbero sempre riscontrabili e nullificanti l'obiettivo, specie se estesi ad aspetti come l'avvio delle indagini, l'eventuale condanna e il risarcimento del danno. La contraddizione dell'obiettivo deve, da tale ottica, essere una conseguenza diretta e immediata delle circostanze di fatto in cui si realizza il comportamento criminoso: la mancata rivelazione della sieropositività, ad esempio, è funzionale ad avere relazioni sessuali con il partner, interesse che sarebbe senz'altro contraddetto dalla morte di quest'ultimo. L'allargamento a fattori molto lontani dal contesto in cui si realizza il comportamento, rileva ancora l'A., è del resto una conseguenza dell'adozione della c.d. formula di Frank, che, com'è noto, dà luogo a un ragionamento non solo induttivo, ma prima ancora ipotetico, capace di allargare anche a circostanze che sono per l'appunto lontane, se non addirittura estranee alla concreta vicenda criminosa.

<sup>10</sup> Cfr § 51.3 della sentenza Thyssen. A testimonianza, tuttavia, della difficile praticabilità del criterio v. Eusebi, *Formula di frank e dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2, 2015, p. 623 s, per il quale «non s'è ancora trovato, probabilmente, il malato totalmente cinico che non sia in alcun modo condizionato dalla componente affettiva, da una rimozione psicologica del suo stato o, semplicemente, da una non realistica comprensione del problema».

e si traduce in adesione a tale eventualità, quale prezzo o contropartita accettabile in relazione alle finalità primarie»<sup>11</sup>. Ma che accade se, come nel caso di specie, non esistono finalità primarie in vista delle quali sacrificare l'interesse collaterale, né la condotta si basa su una nitida e ponderata consapevolezza della possibilità dell'evento, non essendo frutto di un processo decisionale razionalmente fondato? Che accade se non esistono prezzi, né contropartite?

Qui sta il punto. Il Tribunale sembra avvedersene, adoperando tra quelli a disposizione i criteri meno contaminati da venature razionalistiche. E ciò sebbene l'intera criteriologia delle Sezioni Unite si fondi sul carattere *lato sensu* economico della decisione. D'altra parte, l'unica apertura alle emozioni, quella di cui al criterio n. 10, è fatta alla fiducia e alla speranza quali occasionali moventi soggettivi; ma la fiducia e la speranza, anche quelle irragionevoli, nella prospettiva delle Sezioni Unite si accompagnano pur sempre a un «ragionamento», che fonda la decisione di agire nonostante la previsione dell'evento. Tale modello di agente *frigido pacatoque animo* viene frequentemente sporcato nella prassi da comportamenti privi di finalità apprezzabili, perché perpetrati in momenti di concitazione violenta, ovvero rabbia cieca. È questo, probabilmente, anche il nostro caso.

Se non andiamo errati, allora, è l'intero modello a non funzionare: qui il bilanciamento tra beni discenderebbe infatti dalla mente del giudice piuttosto che da quella dell'agente, giudice che, immaginandosi idealmente sulla scena del crimine, si sbarazzerebbe delle emozioni del reo e, in tale stato di ipotetico e artificiale razionalismo, prevederebbe l'evento. Con un risultato scontato: dolo e non colpa, poiché la ragione pura depreca gli istinti irrazionali e le passioni violente<sup>12</sup>.

In realtà, come ha rilevato attenta dottrina, se il fine dell'azione è di valore assai modesto la decisione d'agire è a tal punto irrazionale da far presumere che, in concreto, un giudizio di bilanciamento non sia mai stato compiuto. Con un risultato che dovrebbe risultare invertito: presunzione di colpa e non di dolo<sup>13</sup>. In tal modo si creerebbe però una intollerabile disparità di trattamento a discapito del soggetto

<sup>11</sup> V. p. 184 della sentenza.

<sup>12</sup> E ciò a costo di negare che a fronte di un motivo futile la lesione finale si pone sempre come un costo inaccettabile. Tuttavia, l'aporia può trovare una spiegazione se si considera che «l'opzione a favore delle presunzioni sulla razionalità classica, ipotizzando modelli ideali, spinge verso valutazioni astratte e quindi verso modelli di dolo normativizzati (tutt'altro che psicologici)». Cfr. Di Giovine, *Il dolo eventuale*, cit., p. 9. La dottrina ha peraltro mostrato come i processi di immedesimazione emotiva tra giudice-spettatore e attore-autore del fatto giochino un ruolo determinante nella scelta sanzionatoria finale, v. Amato, *Diritto penale e fattore emotivo: spunti di indagine*, in *Riv. it., medicina legale e diritto sanitario*, 2, 2013, p. 661 s.

<sup>13</sup> Aimi, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 61, il quale blinda tale presunzione in termini pressoché assoluti, posto che se il reo ha agito senza uno scopo particolare, cioè senza avere consapevolmente scelto di sacrificare i beni giuridici altrui per raggiungere i propri desiderata, l'ordinamento gli potrà tutt'al più richiedere di sviluppare un'accresciuta attenzione o precauzione verso i pericoli: richiesta che si rivolge al reo colposo, perché il soggetto non sembra abbia mai realmente messo in discussione la norma che prescrive il rispetto dei beni giuridici. Il giudizio di bilanciamento diventa in tal modo una sorta di fase ineluttabile del rimprovero doloso.

razionale, cosicché si replica che l'autore concreto potrebbe non aver ritenuto soccombente la prospettiva della verifica dell'evento in ragione di un fine obiettivamente futile, ma ai suoi occhi meritevole di essere perseguito. Il metro del bilanciamento, si sostiene, non è l'agente astratto, ma l'agente concreto<sup>14</sup>.

La critica non coglie nel segno. La premessa da cui muove la dottrina citata si radica invero su una constatazione di fatto: secondo una sperimentata massima d'esperienza, il fine futile indizia la decisione irrazionale, presa cioè senza bilanciare detto fine con l'evento collaterale. Ciò accade nella maggior parte dei casi: il che non esclude l'eventualità contraria, per quanto insolita. Trattasi insomma di presunzione relativa. Di conseguenza, il rilievo che l'agente potrebbe non aver ritenuto soccombente la prospettiva della verifica dell'evento, proprio per il carattere condizionale dell'enunciato, non disarticola, ma anzi conferma la presunzione: l'agente irrazionale agisce, normalmente, senza bilanciare gli interessi in gioco.

Resta sullo sfondo l'obiezione relativa alla disparità di trattamento. Acuita, soggiungiamo, dal fatto che sull'agente razionale la previsione dell'evento lesivo ha esercitato pur sempre una funzione d'appello, sfociata nel bilanciamento tra l'interesse egoistico e la lesione collaterale. Invece, l'agente irrazionale non bilancia perché, nonostante la previsione dell'evento, tale rappresentazione non esercita su di lui alcun richiamo: la spinta emotiva ne ha ormai cancellato le capacità di giudizio, compresa l'attitudine ad attribuire valore al percepito pericolo per l'incolumità altrui. Proprio in quanto è alterato il significato della percezione, prima ancora che della decisione, potremmo concludere che l'irrazionalità si è ormai impadronita tanto del momento della volontà quanto del momento della rappresentazione: la volontà si è trasformata in mero impulso, la rappresentazione in forma vuota<sup>15</sup>.

A fronte di tale fenomenologia e per evitare iniquità negli esiti, distinguere tra una previsione poi accettata e altra invece non accettata, e cioè tra dolo eventuale e colpa cosciente, sembra pressoché impossibile, se non attraverso una *fictio* razionalistica che depuri la scena da tutte le scorie emotive e passionali. La constatazione che l'agente irrazionale non calcola, non soppesa, non giudica, dovrebbe allora più realisticamente indurre alla conclusione che il modello Thyssen mal si attaglia alle situazioni nelle quali l'azione risulta da spinte emozionali non preordinate ad alcun fine, e, cioè, come si dice, "fini a se stesse"<sup>16</sup>. L'assenza del fine non permette il

<sup>14</sup> Cappellini, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015, p. 27.

<sup>15</sup> Tali semplificazioni, peraltro, non sono incompatibili con il dolo eventuale, se accogliamo – e dobbiamo farlo, allo stato attuale del diritto positivo – la conclusione per cui anche il soggetto incapace può agire con dolo eventuale. Per una aggiornata lettura del tema, v. Demuro, *Ubriachezza e dolo eventuale nella guida spericolata*, nota a Cass. pen. Sez. V, 14 luglio 2016, n. 45997, in *Giur. it.*, 4, p. 942 s.

<sup>16</sup> Senza quindi che la mancata indicazione dello scopo perseguito dall'imputato implichi necessariamente l'impossibilità di ravvisare l'elemento volitivo del dolo eventuale, con conseguente imputazione del fatto a titolo di colpa cosciente. Questa è, invece, come detto, la tesi di Aimi, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 63 s, da non condividere perché

bilanciamento, come non lo consente la previsione dell'evento incapace di esercitare la funzione di richiamo. L'accettazione dell'evento si riduce in questi casi a pura e semplice accettazione del rischio.

Ci pare, in conclusione, che il dolo eventuale razionale (o dell'agente razionale) vada distinto dal dolo eventuale irrazionale (o dell'agente irrazionale). Il primo presuppone la previa, concreta possibilità di formulare un bilanciamento: l'azione, pertanto, si compie normalmente in un arco di tempo prolungato, oppure è istantanea ma eseguita ad un fine preciso, né futile né empiricamente impalpabile. Se l'agente non arretra di fronte alla funzione di richiamo esercitata dal bene giuridico, si può parlare di accettazione dell'evento. Il secondo, invece, traendosi da una volontà malferma e non preordinata ad alcun fine apprezzabile, perché formata in un contesto di soverchiante tensione emotiva, presuppone la previa, concreta impossibilità di formulare un bilanciamento: l'azione si compie istantaneamente o in un tempo ristretto, finché scema la tensione emotiva<sup>17</sup>. Se, frattanto, l'agente si rappresenta il

---

sottovaluta le istanze preventivo-generalì connesse alla repressione di moti impulsivi privi di apparenti finalità, che in tale lettura sembrano assurgere a cause generali di esclusione del dolo indulgentemente distribuite a soggetti oltremodo ingenui o irascibili, in contrasto con l'art. 90 c.p. A tali rilievi si aggiunge la tranciante obiezione, già segnalata nel testo, relativa all'irragionevole disparità di trattamento che si verrebbe in tal modo a creare tra soggetti razionali e soggetti irrazionali.

<sup>17</sup> Sembra profilare una dicotomia di tal genere Eusebi, *Formula di Frank e dolo eventuale*, cit., § 5, quando individua due tradizionali aree di applicabilità del dolo eventuale: quella in cui sussistono nell'agente condizioni psicologiche non ordinarie, sebbene non escludenti l'imputabilità, in base alle quali egli compie scelte non ponderate e frutto dell'impulso del momento (casi, per lo più, di stress emotivo in contesti illeciti sottratti all'applicazione rigorosa della formula di Frank); e quella, di contro, in cui sussiste un obiettivo della condotta così importante per il suo autore che egli lo perseguirebbe anche a costo di causare l'evento offensivo estraneo ai suoi fini. Spunti interessanti, poiché assisi su verificati postulati scientifici, si rinvengono anche in Di Giovine, *Il dolo eventuale tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, cit., che rileva come le massime usate nel diritto penale per indagare il dolo, in quanto mutuate in modo aproblematico dalla psicologia ingenua, non sono inattaccabili com'è parso per molto tempo: le acquisizioni della psicologia cognitivista dubitano anzi che il foro interno sia tanto ricco di coscienza, volontà e motivazioni. Il dolo risulta così un concetto scientificamente maldefinito, specie nella sua forma eventuale allorché riferito a condotte non implicanti la riflessione pacata e preventiva su conseguenze pregnanti dal punto di vista valoriale. L'accertamento del dolo è infatti affidato alla delicata indagine su motivazioni che molto raramente sono tali, risolvendosi, piuttosto, solitamente in *confabulazioni*, ossia giustificazioni postume di scelte compiute sulla base di automatismi. Per tale ragione l'A. si chiede se sarebbero più consone, allora, impostazioni non fittiziamente psicologiche ma sinceramente oggettivizzanti, che argomentino dalle note di fatto e mediante la costruzione separata per tipi. La conclusione, viste le premesse, sembra scontata ma l'A. rileva giustamente come l'importazione della prospettiva scientifica in ambito giuridico può implicare il ritorno a un nostalgico diritto penale d'autore, dovendosi il giudizio concentrare su come l'imputato ha contribuito a costruire la sua personalità. Il diritto penale moderno si trova così ad un bivio: arroccarsi dietro le tradizionali formule endosistemiche, rinunciando alle sue aspirazioni realistiche, oppure aprirsi alle nuove conoscenze reclamando un tipo d'indagine più approfondita ma scivolosa, opinabile, specialistica - quindi di difficile comprensione per la collettività - e che porterebbe ad una estrema contrazione dell'elemento soggettivo (*vulnus* general-preventivo) nonché all'abbandono della centralità del fatto

rischio di ledere un bene giuridico altrui con la propria condotta, non arretrando di fronte a tale percezione e cioè non frenando i suoi impulsi, si può parlare di accettazione del rischio, quindi di dolo eventuale. La cui contropartita è la colpa cosciente, allorché l'agente irrazionale confida – anche irragionevolmente - nella mancata verifica dell'evento<sup>18</sup>.

Detto in maniera diversa e forse più semplice, ci sembra che la sentenza Thyssen non sia idonea ad assurgere a modello di riferimento in una serie di casi nei quali il momento valutativo del bilanciamento è assorbito dal momento impulsivo della

---

(*vulnus* garantistico). Al di là di tali pertinenti considerazioni, non sembra nondimeno estranea al senso comune l'idea che l'impulso volontaristico possa differenziarsi a seconda del contesto di riferimento. Da tale ottica, le visuali dello scienziato e del profano paiono combaciare, pur nella ricalibratura in senso pragmatico-funzionale delle relative acquisizioni scientifiche in una materia impregnata di istanze preventive e insieme garantistiche. Ecco perché differenziare i modelli criteriologici tra dolo razionale e dolo irrazionale non ci pare una goffa semplificazione, ma, anzi, ci pare una semplificazione utile al diritto pretorio perché meglio aderente alla realtà delle cose rispetto alla finzione unitaria e radicale dell'*homo juridicus*, cugino dell'*homo oeconomicus* e dai contorni ugualmente irrealistici e mentalizzati. In proposito, non si può non condividere l'osservazione pungente di Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "misero"*, cit., p. 1940, secondo cui «non andrebbe dimenticato che la bontà di una teoria, nel campo del diritto e dello stesso diritto penale, dipende anche dal livello della sua gestibilità e funzionalità giudiziale. Sicché, lo studioso accademico non dovrebbe rimanere sorpreso se certe teorizzazioni raffinate e all'ultima moda non riescono a fare breccia nella prassi applicativa: il giudice è per forza di cose indotto a scartare le teorie troppo complesse e a privilegiare, per contro, quelle più semplici e più idonee a contribuire alla soluzione dei casi concreti».

<sup>18</sup> Il criterio dell'accettazione del rischio, del resto, consegnerà pure il ricercato elemento distintivo delle due forme di colpevolezza ad una «dimensione emozionale impalpabile», come afferma De Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine ancora incerto*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1, 2015, p. 77 s; tuttavia, tale dimensione si conforma all'emozionalità della scelta che caratterizza tali contesti. Solo emozioni come la fiducia e la speranza, probabilmente, possono elidere una volontà irrazionale, come strette valutazioni di ipotetico svantaggio possono scardinare una volontà razionale. Né ci pare assorbente il rilievo di Bartoli, *Luci ed Ombre*, cit., per cui la c.d. speranza difficilmente può essere affrancata da una valutazione di ragionevolezza, vale a dire da un vaglio di razionalità, perché altrimenti si creerebbe il rischio di «aprire a un soggettivismo estremo destinato ad aprire breccie nel senso della sostanziale impunità». Di là dal fatto che l'eventuale impunità connessa all'assenza del titolo colposo corrisponde a una scelta del legislatore, va sottolineato che, in realtà, è anche vero il contrario: in contesti passionali coniugare speranza e ragionevolezza rischia di aprire a un eccessivo normativismo e dunque a una dilatazione estrema del dolo sulla base di un rimprovero sostanzialmente colposo; ciò, oltretutto, in aperto contrasto con l'asserito primato della psiche posto alla base della teoria della volizione. Non si vuole così dar spazio alle credenze soggettive dell'agente anche quando non si siano in alcun modo manifestate, ma semplicemente respingere l'idea che, in ogni caso, «nel processo non conta la volontà soggettiva. Conta la volontà presunta dell'uomo normale e razionale», v. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 490. Sul punto si rinvia alle diffuse considerazioni di Aimi, *Dolo eventuale e colpa cosciente il caso Thyssen al vaglio delle Sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1, 2014, p. 55 s e, in particolare, per la critica alla tesi di Iacoviello, v. nota 30; Id. *Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssenkrupp*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani 2015 (voce)*, consultabile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 7.

scelta emotiva. In tali casi, pertanto, pare più opportuno riesumare – se mai abbia realmente cessato di esistere – il criterio dell'accettazione del rischio<sup>19</sup>.

Segni di tali imperfezioni nel modello, come detto, si rinvencono nella decisione annotata. Non solo l'espreso e accidentale richiamo alla teoria dell'accettazione del rischio, ma soprattutto la selezione dei criteri cui ancorare l'addebito doloso di responsabilità: tutti indiscutibilmente sciolti dalla logica del bilanciamento. Altro indizio emerge dall'imbarazzo di qualificare la forma di dolo per quella che è: viene detto, in principio, che nella specie si configura «quantomeno» il dolo eventuale; mentre, alla fine, che l'imputata agì nella «sostanziale certezza» che l'evento si sarebbe verificato. Ma la motivazione si incentra sui c.d. indicatori del dolo eventuale, che servono a differenziare tale forma di dolo dalla colpa cosciente, non dal dolo diretto. Se quel «quantomeno» fosse stato davvero sincero e se realmente si trattasse di «sostanziale certezza», non sarebbe stato neppure necessario confrontarsi con la sentenza Thyssen.

Segni dell'imperfezione del modello si rinvencono d'altra parte nel modello stesso. Quando, nel citare la formula di Frank quale indicatore “più importante e discusso”, le Sezioni Unite ne accreditano la valenza euristica contro le critiche di parte della dottrina, ammettono però al contempo che in molte situazioni il dubbio rimane irrisolto e lo stesso agente non saprebbe come rispondere alla domanda codificata dal controfattuale<sup>20</sup>. Nell'eccettuare tali situazioni, quindi, le Sezioni Unite individuano una serie di casi nei quali il criterio in esame fallisce, senza però nulla dire su quali siano tali casi. È possibile, nondimeno, ricavarli grazie alla considerazione che il dilemma della formula di Frank si risolve unicamente nelle ipotesi in cui può ben dirsi che il soggetto abbia previamente valutato le conseguenze della propria azione, soppesando utilità e svantaggi. In tal senso, dunque, la formula di Frank non fa che rinviare a quegli indicatori di marca razionalistica che, nella motivazione della sentenza annotata, sono stati correttamente trascurati, suggerendo, altrimenti, l'incongruente affermazione della insussistenza del dolo sulla base di una ponderazione in concreto mai stata effettuata<sup>21</sup>. In altri termini, la formula di Frank fallisce se a rimanere sconfitta è la razionalità individuale nel suo processo di ricostruzione di stati psichici irrazionali; il che non può non ridondarsi sullo stesso

---

<sup>19</sup> Sembra muoversi in quest'ordine di idee Piras, *La non obbligatorietà del bilanciamento nell'accertamento del dolo eventuale*, Nota a Cass. pen., Sez. V, 10 feb. 2015 (dep. 12 maggio 15), n. 19554, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016, il quale considera il bilanciamento un profilo non sostanziale, ma procedurale del dolo eventuale e dunque da estromettere in situazioni particolari.

<sup>20</sup> Cfr. § 51.11 della sentenza Thyssen.

<sup>21</sup> Cfr., ancora, il commento di Eusebi, *Formula di Frank e dolo eventuale*, cit., per il quale gli indicatori del dolo eventuale di cui parlano le Sezioni Unite non rappresentano criteri di identificazione paralleli ed autonomi rispetto alla formula di Frank, ma sono criteri funzionali e serventi rispetto a quest'ultima. È invece ricorrente in giurisprudenza l'affermazione per cui la formula di Frank non sarebbe che un criterio tra gli altri: v., per tutte, Cass. pen. Sez. V, 14 luglio 2016, n. 45997.

impianto che erige la formula a criterio risolutivo, ossia sulla teoria dell'accettazione dell'evento e sul criterio del bilanciamento degli interessi in gioco.

La bilancia, in definitiva, non può essere portata lì dove non è mai stata. Bene ha fatto pertanto il Tribunale a sondare la mente dell'imputata con altri strumenti.