

*E' davvero irrisolvibile il "mistero" del dolo eventuale?*¹

Adelmo Manna

Sommario: 1. Introduzione: cenni sulla persona, sull'opera scientifica e sulla figura di avvocato dell'Onorando: a) la persona; 2. (segue) b) l'opera scientifica; 3. (segue) c) la figura di avvocato; 4. Connessione tra l'impostazione scientifica del Prof. Coppi e le critiche da lui rivolte alla tesi della sostituzione del dolo eventuale con una c.d. terza forma, tra dolo e colpa; 5. Limiti del dolo eventuale con riferimento agli approcci della più moderna dottrina e giurisprudenza; 6. Recenti aperture, anche di sostenitori, viceversa, del dolo eventuale, verso un'utilizzazione della c.d. terza forma, seppure limitatamente ad alcune fattispecie criminose della parte speciale del codice penale; 7. Conclusioni: sembra, quindi, che non sia necessario continuare a immettere "vino nuovo nelle botti vecchie", ma appare manifestarsi, almeno in una parte della dottrina, di certo non favorevole *tout court* alla c.d. terza forma, la necessità di utilizzare, come si suol dire, anche delle c.d. *botti nuove*.

1. Siamo oggi riuniti all'Università di Perugia per rendere omaggio al Prof. Franco Coppi, al quale, dopo una luminosa carriera di docente universitario di diritto penale nelle Università di Teramo, Perugia, Roma 2 e, infine, *La Sapienza* di Roma, un gruppo di allievi e colleghi ha deciso di offrire all'Onorando i due volumi degli *Studi* in Suo onore.

Sia consentito anche al sottoscritto di iniziare la propria relazione con un doveroso omaggio al Prof. Coppi, con riferimento in primo luogo a due episodi che, sempre ad avviso dello scrivente, denotano la personalità ed anche iniziano a lumeggiare il modello scientifico che caratterizza l'Onorando.

Il primo episodio riguarda il periodo in cui il sottoscritto era ancora ricercatore presso l'Università *La Sapienza* di Roma e allora insegnava il diritto penale, oltre all'Onorando, anche il compianto Prof. Franco Bricola, cui lo scrivente si era particolarmente legato.

Il Prof. Bricola aveva sollecitato il sottoscritto ad un lungo soggiorno presso l'Istituto *Max Planck* per il diritto penale straniero ed internazionale di Friburgo in Brisgovia (Germania R.F.) onde completare una monografia in tema di beni della personalità e sui limiti della relativa protezione penale².

Il sottoscritto, affascinato dalla forte personalità del Prof. Bricola, aveva accettato entusiasticamente di recarsi in Germania, ma tale entusiasmo era stato forse eccessivo perché egli aveva, nel contempo, lo si deve riconoscere, trascurato un po' gli impegni didattici come ricercatore e, cioè, le sedute di laurea, cui spesso si faceva sostituire, nonché gli esami di profitto.

A questo punto, il Prof. Franco Coppi, che probabilmente aveva anche ricevuto alcune, giuste, peraltro, lamentele da parte dei colleghi dello scrivente,

¹ Testo modificato, ampliato e con l'aggiunta delle note, della Relazione tenuta al Convegno: *Il mistero del dolo eventuale*, Perugia, 27 gennaio 2012.

² MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989.

decise di inviare una lettera al sottoscritto, che in questa sede si ha il piacere di ricordare perché, con la sua ben nota scrittura minuta, Egli, con un garbo davvero rimarchevole, riferendosi con grande simpatia anche alle figure dei genitori dello scrivente, pure loro avvocati penalisti, pur tuttavia richiamava ai doveri accademici che anche un ricercatore deve adempiere, pur se dovrebbe prevalere l'attività scientifica.

Questa lettera, che ovviamente è ancora conservata, denota non solo il garbo dell'Onorando, ma anche la sua sensibilità personale e giuridica, tenendo conto che, come si potrà constatare in seguito, il Nostro non è mai stato un comparatista, bensì ha preferito gli studi storici, quindi nella sua *forma mentis* certamente un lungo soggiorno all'Istituto *Max Planck* poteva non rientrare nelle sue *corde*.

Il secondo episodio è assai più recente, perché riguarda un ricorso per Cassazione che ci ha visto avversari; lo scrivente difensore di una delle parti civili ed il Nostro difensore degli amministratori di Radio Vaticana.

La questione giuridica verteva sul se l'art. 674 c.p. ovverosia il "*getto pericoloso di cose*" potesse essere esteso anche alle onde elettromagnetiche che erano state versate nell'aria e che avevano prodotto molestie alle persone che abitavano nei paraggi e, cioè, in un quartiere residenziale nei dintorni di Roma.

L'Onorando, che aveva ottenuto in Corte d'Appello l'assoluzione perché il fatto non costituisce reato proprio in base all'argomento per cui l'estensione dell'art. 674 anche alle onde elettromagnetiche costituiva, in realtà, un'analogia *in malam partem*, ripresentò, con la sua ben nota abilità, la tesi in Corte Suprema di cassazione.

Il primo degli argomenti utilizzato, ovverosia che il concetto di cosa mobile, che si estende all'energia nell'art. 624 c.p., non varrebbe per l'art. 674, perché situato in un *settore diverso* del codice penale, non apparve, tuttavia, convincente, almeno nella misura in cui lo stesso art. 624 c.p. ha cura di precisare che l'estensione del concetto di cosa mobile anche all'energia elettrica avviene *agli effetti della legge penale*, e quindi, almeno a nostro avviso, deve valere in linea generale e non con riferimento soltanto ai reati contro il patrimonio.

Gli argomenti, invece, che, almeno a nostro giudizio, coglievano nel segno, come lo scrivente ha avuto anche modo di riconoscere in un recente saggio³, consistevano nell'etimologia dei verbi *gettare* o *versare* che, indubbiamente,

³ MANNA, "L'interpretazione analogica" nel pensiero di Giuliano Vassalli e nelle correnti post-moderne del diritto penale, di prossima pubbl. negli *Studi in onore di Alfonso M. Stile*.

non possono che riferirsi a oggetti *solidi* o *liquidi*, ma non certo di carattere aeriforme.

La Corte Suprema di cassazione, tuttavia, a causa di una giurisprudenza sicuramente prevalente, nel senso della possibilità di un'interpretazione *estensiva* dell'art. 674 anche alle onde elettromagnetiche, decise in senso sfavorevole all'Onorando e, quindi, favorevole al sottoscritto ed alle altre parti civili, ma, a nostro giudizio, in modo non convincente, perché anche in questo caso si è "mascherata" per interpretazione estensiva quella che, invece, appare una vera e propria estensione analogica *in malam partem* e che dimostra come, evidentemente, abbiano prevalso non solo i precedenti giurisprudenziali orientati in modo quasi unanime nel senso dell'interpretazione estensiva ma, a nostro sommo avviso, fors'anche un'altra preoccupazione, che poteva, in teoria, aleggiare nei giudici della Suprema Corte, ovvero che una decisione contraria all'indirizzo sinora prevalente nella giurisprudenza di legittimità avrebbe potuto suscitare nella pubblica opinione, il *sospetto* di una sorta di "*privilegium Vaticanensis*".

Orbene, già da queste ultime considerazioni emerge, almeno a nostro avviso, l'approccio scientifico che caratterizza l'Onorando, il quale si dimostra alfiere di un metodo *classico* nell'interpretazione del diritto penale e dove anche traspare, come si potrà constatare meglio in seguito, anche una certa dose di *scetticismo* a livello intellettuale, verso il movimento tendente ad una *modernizzazione* del diritto penale medesimo, che, in effetti, talvolta giunge a spinte troppo in avanti, soprattutto da parte della giurisprudenza, ma non solo, cui poi tocca porre riparo da parte della dottrina più avveduta.

Tale scetticismo, però, come cercheremo di dimostrare in seguito, talvolta impedisce al Nostro di individuare e, soprattutto, di apprezzare, il *novum* che viene proposto dall'evolversi della scienza giuridica, che, però, si comprende proprio riflettendo sul fatto che Egli si può, almeno a nostro avviso, giustamente collocare fra *i classici del diritto penale*.

¹ Cass., Sez. III, 13 maggio 2008, Tucci e altro, in *Cass. pen.*, 2009, 969, con nota di GIZZI, *La rilevanza penale di onde elettromagnetiche ai sensi dell'art. 674 c.p.: interpretazione estensiva o applicazione analogica della norma incriminatrice?*; nello stesso senso Cass., Sez. III, 15 aprile 2009, in *Mass. Uff.*, 243431; Id., Sez. III, 8 aprile 2010, Koehler, inedita; per un esame anche delle giurisprudenza precedente alla sentenza in analisi, cfr. GIZZI, *Il getto pericoloso di cose (art. 674)*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (dir. da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, XI, *Le contravvenzioni*, Torino, 2012, 187 ss. e, quivi, 219 ss..

2. Quanto all'opera scientifica del Prof. Coppi, non si può non iniziare con la prima monografia da lui pubblicata in tema di reato continuato⁵.

Tale monografia si segnala per due indiscussi pregi, di cui l'uno è costituito dall'approfondimento storico dell'istituto in analisi, che caratterizzerà anche le opere successive dell'Onorando e che contraddistingue quest'ultimo, giacché, in generale, nel panorama penalistico italiano, ben pochi sono, purtroppo, gli autori che prediligono un previo approccio storico all'istituto che vanno poi ad analizzare.

Il secondo merito del volume consiste nell'aver sostanzialmente criticato un dogma prima ritenuto imm modificabile, cioè quello della c.d. *res iudicata*.

Il problema, infatti, a proposito del reato continuato, certamente non si pone laddove la *res iudicata* riguardi il reato più grave, perché si tratta solo di calcolare l'aumento sino al triplo, ex art. 81, cpv., c.p., in relazione al reato meno grave, non intaccando, così, il giudicato.

Quid iuris, tuttavia, laddove la *res iudicata* riguardi il reato meno grave?

In argomento la dottrina e la giurisprudenza erano allora divise giacché un'importante corrente, sia dottrina sia giurisprudenziale, sosteneva che nel caso di specie non si potesse dar luogo all'applicazione della continuazione ostandovi, per l'appunto, il giudicato.

Il Nostro, invece, segue giustamente la tesi più garantista, perché ritiene che si possa applicare la continuazione anche nel caso in cui la *res iudicata* riguardi il reato meno grave, in quanto in tal modo bisogna ricalcolare la pena con riguardo al reato più grave, aumentandola poi in ragione del reato meno grave, così chiaramente superando il dogma della intangibilità della *res iudicata*.

Un secondo lavoro, sia pure questa volta di carattere saggistico, va senza dubbio segnalato, in quella tornata di tempo, quello sui c.d. *reati di mero sospetto*⁶.

Questo saggio si caratterizza sia per il suo contenuto, sia per il suo approccio a proposito della Carta costituzionale: sotto il primo profilo, giustamente l'Onorando ritiene che i reati di mero sospetto e, in particolare, il possesso ingiustificato di valori, si pongano in contrasto con l'art. 27, co. 2, della Costituzione, cioè a dire con la presunzione di innocenza, perché comportano un'inammissibile inversione dell'*onus probandi*.

⁵ COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, quivi 313 ss..

⁶ COPPI, *Osservazioni sui "reati di mero sospetto" e in particolare sul "possesso ingiustificato di valori"*, in *Giur. cost.*, 1968, 1713 ss., che anzi precede di un anno la monografia sul reato continuato.

Bisogna rilevare che il Nostro fu anche “*buon profeta*”, giacché in seguito la Corte costituzionale, alla metà degli anni '90 dello scorso secolo, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale proprio dell'art. 708 c.p., per contrasto con l'art. 27, co. 2, della Costituzione⁷.

Va inoltre ricordato che la stessa Corte costituzionale aveva già dichiarato l'illegittimità, per violazione sempre dell'art. 27, co. 2, della Costituzione, dell'art. 12 *quinquies*, co. 2, del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, avente ad oggetto il reato di “possesso ingiustificato di patrimoni”⁸.

Il pensiero dell'Onorando, quindi, aveva doppiamente “colto nel segno” ma, almeno a nostro avviso, l'altro merito del saggio che qui si ricorda riguarda proprio l'inserimento del diritto penale in una prospettiva di carattere costituzionale, che costituirà dopo, com'è noto, il *leit motiv* di un altro grande penalista, purtroppo prematuramente scomparso, cioè Franco Bricola⁹.

La seconda monografia che caratterizza l'opera scientifica del collega Coppi riguarda, come noto, il delitto di maltrattamenti¹⁰, ove la c.d. “idea centrale” del volume è quella di interpretare il reato *de quo* come autonoma fattispecie di delitto preterintenzionale, anziché di reato aggravato dall'evento, come invece ritenuto dalla dottrina tradizionale.

Ciò a causa della modifica dell'art. 69 c.p., a seguito della riforma penale del 1974, giacché essendosi esteso il giudizio di bilanciamento anche alle circostanze c.d. indipendenti o ad efficacia speciale, vi sarebbe stato il fondato rischio che, laddove l'organo giudicante avesse, per avventura, dichiarato prevalenti le attenuanti, rispetto alle aggravanti previste nell'art. 572 c.p., ovvero sia se dal fatto fossero derivate lesioni oppure, addirittura, la morte, vi era il fondato pericolo di applicare la pena-base, magari nel minimo edittale, cioè a dire la reclusione di un anno, diminuita per le attenuanti in concreto sussistenti e dichiarate prevalenti.

Tutto questo avrebbe sicuramente comportato una risposta sanzionatoria del tutto sproporzionata per difetto rispetto al rango dei beni giuridici offesi ed è per questa fondamentale ragione che il Nostro, onde evitare le conseguenze sopra ricordate, ha giustamente preferito interpretare in modo del tutto origi-

⁷ Corte cost., 2 novembre 1996, n. 370, su cui cfr. DE BONIS, *Le contravvenzioni concernenti la prevenzione dei delitti contro il patrimonio (artt. 705-713)*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (dir. da), *op. cit.*, 349 ss e, quivi, 379 ss. e, spec., 382 ss..

⁸ In argomento, DE BONIS, *op. cit.*, 384 ss..

⁹ BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, spec. 7 ss..

¹⁰ COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979.

nale il delitto *de quo* come reato autonomo, di carattere preterintenzionale, così evitando di ricadere nel giudizio di bilanciamento fra circostanze.

Questa tesi, d'altro canto, era anche consentanea alla critica che i settori più attenti della dottrina avevano mosso alla riforma penale del '74, nel senso che, pur di evitare gli eccessi sanzionatori tipici del codice Rocco, la riforma aveva, tuttavia, ampliato troppo la sfera di discrezionalità dell'organo giudicante¹¹, così potendo giungere a risultati quali quelli che Egli proprio nel volume in oggetto ha avuto l'obiettivo di evitare.

Ciò che, però, non persuade nella ricostruzione del delitto in oggetto da parte del Nostro è di non rilevare un contrasto della norma stessa, che, infatti, usa sostanzialmente una tautologia per definire il delitto *de quo agitur*, con il principio di determinatezza e/o precisione¹².

La giustificazione che Egli dà del mancato contrasto tra la norma in oggetto e il principio costituzionale su richiamato deriva, sostanzialmente, dall'adesione all'allora teoria maggioritaria, in base alla quale, per verificare se un'espressione è o no conforme al principio di stretta legalità, bisogna essenzialmente rivolgersi al linguaggio comune, per verificare se il termine utilizzato dal legislatore sia, in effetti, comprensibile.

Questa tesi, però, non sembra che aiuti molto nella descrizione quanto più precisa possibile del delitto in oggetto, in quanto, se ci si riferisce al linguaggio comune, anche in questo caso il termine "maltrattare" è essenzialmente polisenso, giacché significa soltanto trattare male, il che, in effetti, può avvenire in una molteplicità davvero notevole di casi.

E' pur vero che a quei tempi sussisteva anche una dottrina del tutto minoritaria, che, invece, aveva provato ad evidenziare un possibile contrasto del delitto in analisi con il principio di stretta legalità ma, purtroppo, senza esito alcuno¹³.

Bisogna, però, anche rilevare che, evidentemente, i tempi non erano ancora maturi per porre una questione di legittimità costituzionale di tal fatta, con possibilità di successo, poiché, in particolare, non era ancora stata emessa la sentenza della Corte costituzionale sul plagio, che avverrà soltanto due anni

¹¹ Così, per tutta, STILE A.M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi urbinati*, 1976-77, 275 ss..

¹² In argomento, giustamente in senso critico, di recente SERENI, *Maltrattamenti e atti persecutori nel diritto penale del XXI secolo*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, 583 ss. e, spec., 590 ss..

¹³ Cfr. PANNAIN A., *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, Napoli, 1964, spec. 68 ss..

dopo, pur se va riconosciuto che è coevo al volume del Nostro quello del Palazzo, proprio sul principio di determinatezza¹⁴.

E' pur vero che lo stesso Coppi ha cura di mettere in guardia l'organo giudicante dall'estendere oltremodo il delitto di maltrattamenti¹⁵, giacché il suo indubbio acume giuridico lo porta a rendersi conto che il problema sussiste, solo che non dà ad esso una rilevanza di carattere costituzionale, ma, in modo più "classico", si affida sostanzialmente al "prudente apprezzamento" dell'organo giudicante.

Il problema, tuttavia, sta proprio in questo, giacché, com'è noto, il richiamo al prudente apprezzamento non è bastato, in primo luogo ad evitare di interpretare il delitto di maltrattamenti anche in chiave omissiva, ma ciò lascia francamente perplessi, giacché, com'è noto, il delitto di maltrattamenti, almeno nella sua ipotesi-base, è privo di un evento in senso naturalistico, per cui non può essere fondatamente applicato il paradigma basato sull'art. 40, cpv., c.p.¹⁶. In secondo luogo si è assistito, soprattutto di recente, ad un'interpretazione così lata del delitto in oggetto, da parte della giurisprudenza di legittimità, da lasciare ancor più perplessi, in quanto nella relativa massima si può leggere che: *"Il delitto di maltrattamenti può essere integrato anche da atteggiamenti iperprotettivi nei confronti del minore che si concretizzano nel non fargli frequentare con regolarità la scuola, nell'impedirne la socializzazione, nell'impartire regole di vita tali da incidere sul suo sviluppo psichico e nel prospettargli la figura paterna come negativa e violenta"*.

Nel caso di specie, evidentemente, i giudici di legittimità qualificano come maltrattamenti quello che può definirsi un "eccesso di accudienza", caratterizzata sostanzialmente da un costante atteggiamento di iper-protezione del minore, sicuramente ispirato da intenzioni lodevoli che, tuttavia, possono riverberarsi in senso negativo sul minore stesso.

Francamente, ci sembra che in tal modo il delitto di maltrattamenti assuma una dimensione troppo estesa, perché sostanzialmente va ad incriminare una condotta contraria a "regole educative", che, come sappiamo, sono estremamente mutevoli da famiglia a famiglia e, quindi, sotto questo profilo sembra che i confini della fattispecie vengano eccessivamente dilatati e pertanto ri-

¹⁴ PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

¹⁵ COPPI, *Maltrattamenti, etc.*, 264 ss..

¹⁶ In argomento cfr., di recente, MONTICELLI, *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli (art. 572)*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (dir. da), *op. cit.*, VI, Torino, 2009, 619 ss. e, quivi, 651 ss..

schino di porsi in contrasto con il principio di determinatezza e/o precisione, da cui abbiamo preso le mosse¹⁷.

V'è, quindi, seriamente da domandarsi se sia legittimo, oltre che opportuno, che il giudice penale entri così profondamente nell'ambito familiare, sino a individuare il delitto *de quo* nella supposta violazione di regole di carattere educativo, oppure in assenza di specifici comportamenti vessatori, che rischiano di sostituire sostanzialmente lo stesso giudice penale ai gestori dell'unità familiare.

E' pur vero che, nel caso di specie, il minore può aver subito un danno, ma ciò, a nostro avviso, non è sufficiente ad integrare, di per sé, il delitto in esame, perché vi osta, fra l'altro, il principio di *frammentarietà*.

Ulteriore conseguenza della dimensione, invero troppo ampia che, almeno a nostro avviso, nella prospettiva dell'Onorando, rischia di assumere il delitto di maltrattamenti, riguarda il dolo.

In argomento il Nostro¹⁸, con il suo consueto acume giuridico, riflettendo proprio sul delitto *de quo* come reato abituale, si rende conto che, in genere, la serie di azioni che dà luogo al delitto di maltrattamenti non sarà, all'inizio, contrassegnata da un dolo tipico di questo reato, perché la consapevolezza e la volontà di maltrattare, trattandosi proprio di un reato abituale, non potrà che concretizzarsi solo ad un certo punto del c.d. *iter criminis*, quando, cioè, il soggetto si è perfettamente reso conto dello "specifico disvalore insito nell'abitudine della loro riproduzione".

In tal modo, però, come del resto è stato di recente giustamente rilevato¹⁹, il dolo, proprio perché inizialmente non è tale nel delitto di maltrattamenti, ma si concretizza solo ad un certo punto dell'*iter criminis*, si è costretti, da parte in particolare dell'Onorando, inevitabilmente a farlo "retroagire al momento iniziale", dando, così, luogo ad una, invero, insolita ed incerta figura di c.d. dolo retrospettivo.

D'altro canto che il delitto di maltrattamenti non debba per forza possedere una struttura così esangue, come quella utilizzata nel codice Rocco, si può ricavare, in primo luogo, da uno sguardo comparatistico, in quanto, se, ad

¹⁷ Cass., Sez. VI, 23 settembre 2011, G. e altro, in *Foro it.*, 2012, II, 82 ss., con nota redazionale di LEINERI, il quale riporta in tal senso altra pronuncia della Cassazione (Cass., 22 Ottobre 2010, C. in *ibid.*, 2011, 2, 78), ove il delitto di maltrattamenti è ritenuto sussistente anche per effetto di un clima generalmente instaurato all'interno della comunità familiare, in cui lo stato di sofferenza e di umiliazione delle vittime, *non si collega, però, necessariamente a specifici comportamenti vessatori*.

¹⁸ COPPI, *Maltrattamenti, etc. cit.*, 278-279.

¹⁹ SERENI, *op. cit.*, 598 ss..

esempio, si fa riferimento all'analogo delitto esistente nel codice penale tedesco, ci si può facilmente rendere conto che la fattispecie in oggetto, ovvero sia quella di cui al § 223b, è sicuramente più precisa, rispetto alla fattispecie del codice penale italiano, in quanto per lo meno le alternative modali sono sicuramente più di una e, soprattutto, più ricche di elementi strutturali²⁰.

Anche se, però, vogliamo riferirci al codice penale italiano, non va dimenticato che nel 2004, esattamente con la legge n. 189 del 20 luglio, il legislatore ha introdotto, all'art. 544 *ter*, il delitto di "maltrattamento di animali", ove la descrizione della condotta appare ben più dettagliata rispetto a quanto previsto dai maltrattamenti in famiglia.

La norma del 2004 sancisce, infatti, la punibilità per chiunque "per crudeltà o senza necessità, cagiona una lesione ad un animale ovvero lo sottopone a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche".

Trattasi, pertanto, di una descrizione analitica assai più rispettosa del principio di precisione, rispetto all'art. 572, tanto è vero che di recente un acuto esponente della dottrina si è giustamente posto la seguente domanda: "a quando una riformulazione sullo schema ben più garantista dell'art. 544 *ter* per il reato di maltrattamenti in famiglia?"²¹.

L'ultima opera del Prof. Coppi che intendiamo illustrare, anche se dopo di questa ve ne sono state parecchie altre, ma riteniamo che l'esame delle due monografie, nonché dei due saggi oggetto della nostra analisi, siano più che sufficienti per lumeggiare la personalità scientifica del Nostro, riguarda la voce *Plagio*, apparsa sull'*Enciclopedia del diritto*²².

In questa importante voce *dell'Enciclopedia del diritto* Egli si trova di fronte ad una delle fattispecie più discusse nell'ambito del codice penale, cioè quella di cui all'art. 603 del codice penale medesimo, ovvero sia il delitto di plagio.

²⁰ § 223 b: "Maltrattamento di persone sottoposte". "1) Chi tortura o maltratta crudelmente bambini, giovanetti ovvero soggetti indifesi per infermità fisica o malattia, sottoposti alla sua cura o custodia ovvero appartenenti alla sua comunità domestica o che sono stati affidati in potere dell'agente medesimo da colui che era obbligato alla loro cura, oppure dipendono dall'agente in forza di un rapporto di servizio o di lavoro, o chi mediante malevola trascuranza dell'obbligo di curarli, li danneggia nella salute, viene punito con il carcere non inferiore a tre mesi. 2) In casi particolarmente gravi, si infligge la pena della reclusione fino a cinque anni": cfr. *Codice penale tedesco*, tr. e annot. da PAGANO, Milano, 1967, 133-134.

²¹ cfr. ZANNOTTI, *I reati contro la famiglia*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Fiorella (a cura di), Torino, 2012, 177 ss. e, quivi, 215.

²² COPPI, voce *Plagio*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1983, 932 ss.

Il Nostro affronta con la consueta acribia la parte storica del delitto in esame, osservando come, in effetti, nel codice Zanardelli non sussistesse una norma analoga, poiché esisteva soltanto la “*riduzione o il mantenimento in schiavitù o in servitù*”, pur se tale ultima fattispecie era anche definita “*plagio*” dalla dottrina dell’epoca.

Ad ogni buon conto, non vi è dubbio come il delitto di plagio, almeno a livello normativo, costituisca una novità nell’ambito del codice Rocco.

La norma, com’è noto, così recitava: “Chiunque sottopone una persona al proprio potere *in modo da ridurla in totale stato di soggezione* è punito con la reclusione da cinque a quindici anni” (corsivo aggiunto).

Orbene, la dottrina che si era occupata del delitto in esame si era perfettamente resa conto che un totale stato di soggezione è davvero arduo rinvenirlo nella prassi ed è questa, quindi, la ragione per cui, pur di concedere una possibilità di applicazione *effettiva* della norma di cui stiamo trattando, si era preferito interpretare lo stato di soggezione come *relativo*, anziché *assoluto*²³.

D’altro canto, anche lo stesso Coppi, ritiene che il delitto in esame non possa essere interpretato in senso rigorosamente letterale, ma debba ricomprendere le ipotesi in cui è sostanzialmente incriminato “il fatto di isolare moralmente un’altra persona, ovvero toglierle la possibilità di verificare nel dialogo con altri, la bontà di una tesi e privare in senso spirituale la comunità sociale dell’apporto di un suo membro”²⁴, ponendosi, cioè, sostanzialmente, nella prospettiva già avanzata dal Flick.

Queste interpretazioni, tuttavia, sono state sostanzialmente messe in non cale da un’importante sentenza della Corte costituzionale, che nel 1981 ha rilevato un contrasto tra l’art. 603 c.p. e l’art. 25, co. 2, Cost., dichiarando così l’illegittimità della norma in oggetto proprio perché in contrasto con il principio di determinatezza, inteso però come “possibilità di verifica empirica” della fattispecie medesima²⁵.

E’ un fatto noto come la sentenza della Corte costituzionale possa essere in un certo senso ricollegata ad un famoso caso giudiziario, ovvero al c.d. caso Braibanti, il quale era un professore di liceo ed era, in particolare, omosessuale, per cui le famiglie degli alunni, non potendo individuare condotte penalmente rilevanti di tipo sessuale da attribuire al Prof. Braibanti, pensarono be-

²³ Così, ad esempio, FLICK, *La tutela della personalità nel delitto di plagio*, Milano, 1972, 1 ss. e, spec. 6 ss.

²⁴ COPPI, voce *Plagio*, etc. cit., 942.

²⁵ Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *Giur. cost.*, 1981, I, 806 ss., con nota, critica, di GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni reali di reato*.

ne di denunciarlo per il delitto di cui all'art. 603 c.p., proprio a causa della ritenuta "cattiva influenza" che il suo *status* poteva ingenerare, anche mediante, evidentemente, discorsi sul punto, nella mentalità dei giovani alunni²⁶.

Questo suscitò notevole scalpore, in quanto, soprattutto da parte della cultura progressista, si osservò come in tal modo si rischiava di andare a reprimere sostanzialmente un "modo di essere" di una persona, con ciò facendo riemergere stilemi che parevano appartenere ad un passato assai remoto e, invece, alquanto sinistro, cioè la c.d. "colpevolezza per il modo di essere della persona", tipica del diritto penale nazional-socialista.

Ci si preoccupava, inoltre, non solo del rispetto dell'art. 3 della Costituzione, ma anche di altre libertà fondamentali, sempre dalla Costituzione tutelate, ovverosia la libertà di insegnamento e la libertà di manifestazione del pensiero.

Da altra parte vi erano anche coloro che, come lo stesso Coppi, erano, peraltro, preoccupati di fenomeni legati alla c.d. "manipolazione dell'io", nonché di fenomeni assai pericolosi, quali quelli relativi a sette più o meno di carattere pseudo-religioso, ove gli adepti venivano sostanzialmente ridotti in uno stato di soggezione da parte del "capo"²⁷.

In questa situazione interviene la Corte costituzionale che, a nostro avviso, giustamente dichiara illegittimo l'art. 603 del codice penale proprio perché lo interpreta in chiave rigorosamente letterale ed in tal senso, in effetti, non si può assolutamente sostenere che la norma in oggetto sia "*empiricamente verificabile*".

Per altro verso, le tesi, pur autorevolmente sostenute, di Coppi e di Flick, a nostro avviso, non possono essere accolte, non solo perché rischiano di condurre ad una sorta di "analogia *in malam partem*" della norma in oggetto ma, soprattutto, perché, se la soggezione viene intesa in senso puramente relativo, si rischia di far rientrare nella norma in oggetto non solo i fenomeni, sicuramente preoccupanti, quali quelli ricordati, ma anche attività oggi generalmente riconosciute come socialmente benefiche; in primo luogo, la psicologia, che ha ormai anche un suo riconoscimento legislativo, giacché, quanto meno nella psicoanalisi, sussiste il fenomeno del c.d. *transfert*, ove, cioè, il paziente "trasferisce" la sua patologia al terapeuta ed in cui il terapeuta stesso diventa una sorta di *dominus* del paziente medesimo.

²⁶ Questo caso fu definito in primo grado dalla Corte di Assise di Roma il 14 luglio 1968, in *Foro it.*, 1969, II, 154 ss.; in grado di appello dalla Corte d'Assise d'Appello di Roma, 28 novembre 1969, in *ibid.*, 1972, II, 1 ss. e, infine, dalla Cass., Sez. I, 30 settembre 1971, *ivi*.

²⁷ cfr., in argomento, per tutti, DEL RE, *Culti emergenti e diritto penale*, Napoli, 1982.

Tutto ciò, però, appare funzionale alla seconda fase della psicoanalisi, cioè al c.d. contro-*transfert* ove il terapeuta, per così dire, restituisce *l'autonomia dell'io* al paziente medesimo, proprio perché, evidentemente, è riuscito a guarirlo.

Va anche rilevato che, di fronte ai fenomeni, in vero, preoccupanti, ricordati dallo stesso Coppi e da Del Re, l'ordinamento penale non è comunque privo di difese, anche senza la previsione del delitto di plagio, come dimostra la sussistenza dei reati di circonvenzione d'incapace, da un lato, ed i classici reati contro la vita, l'integrità fisica, la libertà morale e, da ultimo, anche la libertà personale, dall'altro.

Ciò nonostante, la tesi favorevole alla reintroduzione del delitto di plagio fu fatta propria anche nel Progetto di riforma del codice penale, elaborato dalla Commissione Pagliaro, esattamente nell'art. 61, ricompreso tra i "*reati contro l'integrità psichica*"²⁸.

Il plagio, nel Progetto in analisi, consisteva infatti nel "fatto di chi, al fine di trarre un vantaggio per sé o per altri, sottopone una persona a mezzi chimici, interventi chirurgici o *pratiche psicagogiche* di condizionamento della personalità idonei a comprometterne l'integrità psichica" (corsivo aggiunto).

Orbene, così come formulato, non può non convenirsi con quanto osservato autorevolmente dal Paliero, il quale, proprio in rapporto al requisito esoterico delle "pratiche psicagogiche di condizionamento della personalità", ha cura di rilevare: "Non vorrei facesse tornare di stringente attualità le bellissime pagine dedicate da Christian Thomasius al *crimen magiae*"²⁹.

In conclusione l'approccio dell'Onorando al delitto di plagio rimarca ancora una volta il suo approccio "classicista" al diritto penale e, in particolare, la sua visione della modernizzazione come de-secolarizzazione che, infatti, lo fa essere favorevole, nel caso di specie, anche alla tutela della "moralità", come del resto era in seguito avvenuto sul punto nel Progetto Pagliaro di riforma del codice penale.

3. L'Onorando ormai da lungo tempo brilla, però, soprattutto come avvocato penalista, anzi, a seguito del processo Andreotti si può con sicurezza affermare che Egli appartenga a quella ristrettissima cerchia dei più importanti avvocati penalisti italiani.

²⁸ PISANI, *Per un nuovo codice penale- Schema di disegno di legge-delega al Governo*, Padova, 1993, 70.

²⁹ PALIERO, *Tecniche di tutela e riforme del codice penale*, in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995, 137 ss. e, quivi, 155-156.

E', tuttavia, necessario, oltre che opportuno, individuare le ragioni profonde di un tale, meritato successo professionale. Esse, a nostro avviso, risalgono, in particolare, all'epoca c.d. di Tangentopoli, cioè agli inizi degli anni '90 dello scorso secolo, ove si sono affermati due modelli di difesa, cioè a dire la difesa "nel processo" e la difesa "dal processo".

Quest'ultimo modello, a sua volta, che può essere suddiviso in due sottocategorie - di cui la prima risulta la più *estrema*, ove, cioè, il difensore ricorre anche a denunce nei confronti del magistrato o dei magistrati competenti circa il caso patrocinato dal difensore medesimo - inizialmente ha avuto una certa dose di successo soprattutto fra i c.d. colletti bianchi, i quali, notoriamente refrattari a subire indagini penali, si trovavano fortemente "spalleggiati" e, per certi versi, anche "sostenuti" dal modello di difesa in oggetto.

Questo modello, tuttavia, è progressivamente entrato in crisi, almeno nella misura in cui esso ha provocato una "reazione", di cui naturalmente hanno fatto le spese gli stessi inquisiti, per cui è stato gioco-forza l'abbandono, soprattutto da parte dei c.d. colletti bianchi, ma non solo, di questo modello di difesa così aggressivo.

Un secondo modello di difesa "dal processo" è riscontrabile, più di recente, con riferimento a quegli avvocati che sono anche parlamentari e che, quindi, utilizzano questo loro ultimo ruolo per introdurre leggi, soprattutto quelle c.d. *ad personam*³⁰, che tendono, in diversi modi, comunque, a sottrarre il proprio inquisito ai rigori del processo penale.

Anche quest'ultimo modello di difesa "dal processo" non ha, però, trovato grande fortuna nel panorama giurisprudenziale, soprattutto per merito di una delle più importanti autorità di vigilanza esistenti nel nostro sistema giuridico, cioè la Corte costituzionale, che, in diverse pronunce, a tutti note, ha dichiarato illegittime queste forme di "protezione legislativa" del proprio assistito, così sostanzialmente riducendo di molto l'efficacia di questo secondo modello di difesa "dal processo"³¹.

L'Onorando, viceversa, in particolare nel processo Andreotti, proprio perché coevo alle indagini su Tangentopoli, è, invece, stato l'alfiere dell'opposto modello, ovverosia quello della difesa "nel processo", dimostrata anche a livello di difesa materiale, tanto è vero che lo stesso Sen. Andreotti ha spesso partecipato alle udienze, sia a Palermo, che a Perugia, mostrando così, assieme al

³⁰ Sia consentito, sul punto, il rinvio a MANNA, *Disequilibri fra poteri dello Stato e riflessi sulla legislazione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 1244 ss..

³¹ Sia, sul punto, di nuovo consentito il rinvio a MANNA, *op. ult. cit.*, 1246 ss..

suo difensore, nella specie, il Prof. Franco Coppi, un chiaro rispetto dell'istituzione giudiziaria.

Ciò ha contribuito, almeno a nostro giudizio, non solo ad instaurare un clima di relativa serenità nell'ambito dei processi medesimi, proprio perché l'autorità inquirente e quella giudicante non si sono sentite "attaccate" con strumenti *extra*-processuali, ma, soprattutto, di fornire al Nostro un'aura di grande rispetto da parte dell'autorità giudiziaria che, a sua volta, si sentiva rispettata da quest'ultimo, pur se questo rispetto non deve essere affatto confuso con una forma di "strisciante ossequio" giacché, al contrario, Egli, sicuramente refrattario a quest'ultimo tipo di comportamento processuale, ha invece dimostrato sovente di esercitare una difesa particolarmente tenace, ma sempre rispettosa delle istituzioni³².

4. La ricostruzione, in particolare, non solo dell'opera scientifica, ma, ci sia consentito, del metodo scientifico che traspare dalle opere più rilevanti del Nostro, ovverosia un metodo sostanzialmente di carattere *classico* e nello stesso tempo anche *intellettualmente scettico* nei confronti della c.d. *Moder-nisierung des Strafrechts*, dimostra anche l'atteggiamento dell'Onorando in rapporto alla c.d. terza forma tra dolo e colpa, dallo scrivente sostenuta, in particolare per evitare le notevoli oscillazioni giurisprudenziali che si verificano ormai frequentemente tra dolo eventuale e colpa cosciente, sovente addirittura nell'ambito dello stesso processo.

In primo luogo, il sottoscritto ha sostenuto come tali oscillazioni giurisprudenziali siano sovente dovute al fatto che il processo penale, in primo grado, è ancora "caldo", nel senso che i giudici penali sono fortemente influenzati dai *mass media* e dalla pressione locale, mentre, in secondo grado, il processo, come si suol dire, si "raffredda", nel senso che il clamore suscitato dalla vicenda, col passare del tempo, si affievolisce notevolmente e ciò comporta una minore "pressione psicologica" nei confronti delle autorità inquirenti e giudicanti³³.

Questi rilievi sono stati, però, seppur con bonaria ironia, criticati dallo stesso collega Coppi, che anzi ha definito gli stessi come integranti una sorta di con-

³² Tanto ciò è vero che il Prof. Coppi, ormai diversi anni fa, è stato, non a caso, insignito del premio riguardante la c.d. "*Toga tosta*", che sta proprio a significare l'atteggiamento del difensore che non è affatto prono all'autorità giudiziaria, ma, laddove occorra, è anche capace di una strenua e accesa difesa del proprio assistito, ma sempre nel rispetto delle regole processuali.

³³ MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine ed il principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, etc. cit., 201 ss. e, quivi, 211 ss..

cezione “termica” del processo penale, che però, come tale, almeno a suo avviso, non è in realtà condivisibile³⁴.

Nonostante l'autorevolezza dell'opinione riteniamo, al contrario, che quest'ultima non tenga nel dovuto conto proprio la c.d. pre-comprensione di Esser, in base alla quale, com'è noto, il giudice inevitabilmente è condizionato dalla propria “concezione del mondo”, che a sua volta è anche inevitabilmente influenzata dalla pressione derivante dall'ambiente esterno³⁵.

La riprova di quanto stiamo affermando è dovuta ad un, peraltro discusso istituto, pur di recente re-introdotta nel codice di rito, con la c.d. legge Cirami, ovvero la “remissione per legittima *suspicion*”, che, seppure sinora non è mai stata applicata dalla Cassazione, che tuttavia ha anche ritenuto manifestamente infondata la relativa questione di legittimità costituzionale, per contrasto col principio del giudice naturale precostituito per legge³⁶, sta a significare come, laddove la pressione esterna sia talmente forte da condizionare l'imparzialità di un intero ufficio giudiziario, sia, almeno teoricamente, possibile spostare il processo ad altra sede giudiziaria, il che dimostra, per l'appunto, come la c.d. concezione termica del processo penale, che, ovviamente, integra soltanto una metafora, non sia però destituita di fondamento.

La seconda obiezione che è stata mossa alle critiche dallo scrivente espresse in rapporto alle oscillazioni giurisprudenziali in tema di dolo eventuale, sempre dallo stesso Coppi, è nel senso che dette oscillazioni sarebbero in fondo fisiologiche, perché costituirebbero ciò che in genere accade nelle aule dei Tribunali.

Anche qui ci permettiamo di dissentire dall'illustre Autore, giacché se le oscillazioni giurisprudenziali possono ritenersi fisiologiche nell'ambito di processi diversi, non possono ritenersi più tali laddove il processo sia il medesimo perché ciò costituisce, al contrario, la spia che l'istituto di diritto penale, nel caso di specie, evidentemente non regge ad un'applicazione uniforme del diritto e si pone, quindi, tendenzialmente in contrasto proprio con il principio di stretta legalità.

Ciò nonostante, il collega Coppi conclude la Sua pregevole Relazione di sintesi, richiamandosi ad un approccio “realistico”, alla De Marsico, che infatti

³⁴ COPPI, *Relazione conclusiva del Convegno su “Il mistero del dolo eventuale”* tenutasi all'Università di Perugia il 27 gennaio 2012, (atti in corso di pubbl.).

³⁵ ESSER, *Pre-comprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983.

³⁶ Per l'atteggiamento della Suprema Corte di Cassazione sull'istituto in esame cfr., di recente, Cass., Sez. IV, 18 ottobre 2011, Bassi ed altri, inedita.

insegnava che una dogmatica che non tenga conto della realtà è “come una vestaglia buttata su formule vuote”.

In quest’ottica, infatti, il Coppi sostiene, a differenza del sottoscritto, e come si constaterà anche in seguito, di Fiandaca e di altri, che il dolo eventuale integra una situazione che nella realtà si verifica effettivamente, giacché ben possono darsi casi di soggetti che agiscono in una situazione di incertezza, che peraltro non si astengono dall’agire, pur sapendo che stanno mettendo in moto un meccanismo causale che può portare a quel determinato risultato.

In conclusione, quindi, il Nostro è favorevole e, soprattutto, ritiene sussistente anche in chiave *empirica*, la figura del dolo eventuale.

A nostro avviso, tuttavia, il richiamo al realismo di De Marsico, se è sicuramente da salutare con favore in linea generale, appare improprio con riferimento al dolo eventuale, giacché lo stesso De Marsico, definendo il dolo come “intenzione di realizzare l’evento”, pur se aderì alla proposta di soppressione dell’inciso “o secondo l’intenzione”, deliberata dalla prima Sotto-Commissione parlamentare nella seduta del 12 dicembre 1929³⁷, si dimostrò comunque contrario proprio al dolo eventuale, ammettendo soltanto due forme di dolo, cioè quello intenzionale e quello diretto e ciò potrebbe spiegare, per l’appunto, la ragione dell’atteggiamento tenuto in sede di Sotto-Commissione, ovvero sia quello di dar spazio anche al dolo diretto³⁸.

In conclusione, anche dalle critiche mosse allo scrivente e dalla convinta adesione ad un istituto, invece assai discusso, come il dolo eventuale, traspare il metodo “classico” nell’approccio al diritto penale del collega Coppi e, in particolare, il suo ben noto atteggiamento intellettualmente scettico nei confronti delle novità, soprattutto se provenienti da altri ordinamenti.

A questo proposito va, tuttavia, rilevato come una parte di vero sussiste indubbiamente nei confronti dello scetticismo circa l’importazione di modelli stranieri nel nostro sistema penale, come dimostrano, del resto, le “alterne vicende” che ha subito il processo penale, di stampo originario “tendenzialmente accusatorio”, che infatti ha dovuto sopportare notevoli interventi legislativi di segno spesso diametralmente opposto, sicché adesso siamo di fronte ad un modello processuale difficilmente classificabile in un senso, oppure in un altro.

³⁷ Testo del nuovo codice penale con la Relazione a Sua Maestà il Re del Guardasigilli (Rocco), in *Lavori preparatori del nuovo codice penale*, VII, 44 ss..

³⁸ DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli, 1930, spec. 149 ss. e, quivi, 152; in argomento, nella dottrina contemporanea, seppur con qualche lieve accenno critico, CERQUETTI, *Il dolo*, Torino, 2010, 174 ss..

Ciò, tuttavia, non giustifica, almeno a nostro avviso, un atteggiamento di quasi aprioristica diffidenza nei confronti del *novum* che può provenire da altri ordinamenti, giacché non è scontata quella che potrebbe definirsi una “crisi di rigetto”, giacché dipende, in definitiva, da come l’istituto viene modellato, se si possono evitare queste, peraltro assai perniciose, “crisi”.

5. E’ giunto il momento di riassumere i limiti che ha incontrato il dolo eventuale, con riferimento, in particolare, agli approcci della più moderna dottrina e giurisprudenza³⁹.

In primo luogo, affermiamo come il dolo eventuale, soprattutto se collegato alla tradizionale concezione dell’“accettazione del rischio”, dia luogo ad una forma di analogia *in malam partem*, perché si supera, almeno a nostro avviso, la *littera legis* che, invece, fa riferimento alla “*volontà* dell’evento”, per estendere la nozione di dolo anche all’ipotesi del *consenso* al verificarsi dell’evento medesimo o comunque all’*accettazione del rischio*, che, però, non possono non essere qualificati criteri, per l’appunto, soltanto “affini” a quello della volontà.

In argomento ci fa piacere rilevare come di recente lo stesso Fiandaca abbia ammesso che il dolo eventuale sia il frutto di un ragionamento sostanzialmente analogico, seppure nella ben nota prospettiva da lui caldeggiata a livello epistemologico⁴⁰.

In secondo luogo, la nostra affermazione per cui l’accettazione del rischio è un criterio in fondo ibrido, perché è valido sia per il dolo, che per la colpa, ha trovato anch’essa di recente conferma nel De Vero, che, infatti, ha affermato come il tradizionale criterio dell’accettazione del rischio costituisca un ineludibile momento soggettivo, *tuttavia comune sia al dolo eventuale che alla colpa cosciente*, e, sul punto, non possiamo ovviamente che condividere l’assunto, mentre siamo più scettici sulla conclusione cui giunge l’illustre Autore, cioè quella di rinvenire il necessario insediamento della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente sul piano delle *condotte tipiche*, rispettivamente *dolosa* e *colposa*⁴¹, ciò in quanto contribuisce alla progressiva “norma-

³⁹ Per maggiori approfondimenti sul punto sia consentito il rinvio a MANNA, *Colpa cosciente, etc.*, 201 ss. e, spec. 207 ss..

⁴⁰ FIANDACA, *Appunti sul “pluralismo” dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, in *La Corte d’Assise*, n.1/2011, 59 ss..

⁴¹ G. DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e “costruzione separata” dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 883 ss..

tivizzazione” del dolo, oltre che della colpa, misconoscendone, così, gli ineliminabili aspetti “individualizzanti”.

D’altro canto, la stessa evoluzione giurisprudenziale, rappresentata dalla ben nota sentenza della Cassazione, a Sezioni Unite penali, in tema di ricettazione⁴², che ha “riesumato” la (prima) formula di Frank, sostenuta, peraltro, anche in dottrina⁴³, e che consiste in un criterio di carattere ipotetico, nel senso che, se il soggetto avesse saputo in anticipo che si sarebbe verificato quell’evento e avesse agito lo stesso, ciò significa che siamo alla presenza del dolo eventuale.

Se nella Cassazione a Sezioni Unite ci si riferisce eccezionalmente non all’evento del reato, bensì al presupposto del delitto di ricettazione, cioè la conoscenza che il bene provenga da delitto, vi è chi, come il Donini, ritiene che detta formula possa essere utilizzata addirittura come criterio di “parte generale”, per risolvere evidentemente in modo più soddisfacente la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Ci permettiamo, tuttavia, di non condividere l’assunto sia della Cassazione a Sezioni Unite, che del Donini, per due ragioni fondamentali: in primo luogo, in linea peraltro con la dottrina maggioritaria, riteniamo che questa formula vada incontro, a ben considerare, “ad un insuperabile obiezione: proprio perché il dolo consta di fenomeni psicologici reali, non è consentito sostituire dati effettivi con elementi ipotetici”⁴⁴ e ciò a maggior ragione vale se si tratta, come nel caso di specie, di un evidente criterio di accertamento e, quindi, di carattere probatorio.

La seconda obiezione riguarda la stessa verificabilità empirica del criterio in oggetto in quanto, essendo, per l’appunto, di carattere ipotetico, non potrà che condurre il giudice penale a preferire, come termine di riferimento, i precedenti penali dell’imputato, così finendo per scivolare verso la famigerata “colpa per la condotta di vita”.

Va inoltre ricordata una recente e ben nota sentenza della Corte d’Assise di Torino nel processo ThyssenKrupp, che ha condannato in primo grado

⁴² Cass., Sez. Un., 26 novembre 2009, Nocera, in *Cass. pen.*, 2010, 7/8, 2548 ss., con nota di DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l’elemento psicologico*, in *ibid.*, 2555 ss..

⁴³ Cfr. in particolare EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1089 ss. nonché già ID., *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993; nonché, da ultimo, anche ID., *La prevenzione dell’evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell’illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Scritti in onore di Mario Romano, etc. cit.*, 963 ss..

⁴⁴ Così, nella manualistica, in particolare FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 3^a, Bologna-Roma, 1995, 322.

l'amministratore delegato per omicidio con dolo eventuale a sedici anni di reclusione in quanto "ha accettato volontariamente il rischio della verificazione di eventi lesivi ai danni di operai come conseguenza della decisione di posticipare investimenti di risorse finalizzate al potenziamento della protezione antincendio in uno stabilimento in via di chiusura, ma tenuto ancora in attività nonostante lo stato di abbandono a livello di sicurezza e ciò quale prezzo della preferenza accordata al soddisfacimento dell'interesse imprenditoriale, rispetto alla salvaguardia della vita e dell'integrità dei lavoratori"⁴⁵.

Tale sentenza trova, a nostro avviso, il suo punto debole proprio nell'applicazione della formula di Frank, perché se è pur vero che già si erano verificati due incidenti, uno a Krefeld in Germania nel 2006 ed un altro a Torino nel 2002, senza peraltro conseguenze sugli operai, nonché se è anche vero che all'amministratore delegato avesse deciso di trasferire tutti gli stabilimenti a Terni, così da lasciare dismesso lo stabilimento di Torino, tanto da non sostituire i meccanismi anti-incendio manuali con quelli, più moderni, di carattere automatico, "auspicando" - come del resto erano dello stesso avviso anche gli altri consiglieri di amministrazione che costituivano il *board* della società, tuttavia condannati per omicidio colposo, perché privi di un reale potere decisionario - che nulla accadesse, ciò non è ancora sufficiente a trasformare la colpa in dolo per le seguenti ragioni.

Utilizzando, infatti, la formula di Frank, l'amministratore delegato si sarebbe dovuto rappresentare come certo l'incendio e, ciò nonostante, avrebbe agito, o, meglio, "omesso di agire", lo stesso, facendo risparmiare denaro all'azienda.

Ora, almeno a nostro avviso, ci sembra francamente difficile che possa dirsi raggiunta una prova di tale portata, per cui auspichiamo che la sentenza venga rivista, almeno sotto questo profilo, in sede di appello.

D'altro canto, lo stesso Fiandaca, nella pregevole nota a sentenza in oggetto, opera una critica severa a tutte le tesi che fondano il dolo eventuale, dall'accettazione del rischio alla stessa formula di Frank, sino anche alla deci-

⁴⁵ Corte d'Assise di Torino, 15 aprile 2011 (dep. 14 novembre 2011), Espenhahn ed altri, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio general preventivo*. In argomento v. anche MONTUSCHI e SGUBBI, *Ai confini fra dolo e colpa. Il caso ThyssenKrupp*, in *Jus* 17, n. 2, 2009, 183 ss.; BELFIORE, *La responsabilità del datore di lavoro e dell'impresa per infortuni sul lavoro: i profili di colpevolezza*, in *Arch. pen.*, 2011, 5 ss.; nonché, anche con riferimento agli ulteriori profili sulla responsabilità penale per infortuni sul lavoro, trattati nella sentenza in esame, volendo MANNA, *Il diritto penale del lavoro tra istanze pre-moderne e prospettive post-moderne*, in *ibid*, 65 ss..

sione “contro il bene giuridico”⁴⁶, che infatti, pur avvicinandosi al dolo, sicuramente non equivale alla volontà.

Di recente, anche un autorevole esponente della dottrina tedesca, come Roxin, ha sostenuto che il dolo eventuale consiste nella “decisione a favore della possibile lesione del bene giuridico”, ma ha altresì sostenuto come il criterio in oggetto risulti come “giudizio di valore del giudice”, facendo, però, in tal modo, perdere allo stesso dolo eventuale quell’ineliminabile dimensione psicologica, che è propria ad esso e che, non a caso, differenzia il dolo dalla colpa⁴⁷.

D’altro canto, nemmeno può accogliersi la nota tesi, riferibile al Canestrari⁴⁸ che ha trovato un’interessante applicazione da parte del GUP presso il Tribunale di Crema, in tema di omicidio con dolo eventuale a causa di rapporti sessuali non protetti da parte del marito, affetto dal virus HIV, per dieci anni con la moglie, la quale, poi, avendo assunto il morbo, è deceduta; poscia riformata dalla Corte di Assise d’Appello di Cremona, che ha derubricato il reato stesso da doloso a colposo, con conferma definitiva anche da parte della Suprema Corte di cassazione⁴⁹.

La tesi del Canestrari, infatti, non è puramente “oggettivistica” ma è, in un certo senso, “mista”, nel senso che parte da un approccio normativo, consistente nel fatto che si avrebbe dolo eventuale laddove non sia ipotizzabile un *agente modello* in rapporto al caso di specie, anche se ha cura di precisare, a livello psicologico, come al criterio dell’accettazione del rischio vada sostituito quello, più moderno e garantista, dell’*accettazione dell’evento*.

Ora, nonostante gli indubbi sforzi operati dal Canestrari, ci sembra che nella ricostruzione, peraltro pregevole, dallo stesso effettuata in materia di dolo eventuale, posseda indubbiamente maggior peso il criterio del “*non-agente modello*”, piuttosto che quello relativo all’accettazione dell’evento, che appare, infatti, “subordinato al primo”.

⁴⁶ Per questa tesi cfr. in dottrina, in particolare, PROSDOCIMI, *Dolus eventualis: il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993; del pari, rivaluta il momento decisorio in rapporto al dolo eventuale anche, più di recente, G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e “colpa grave” alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 5013 ss.; ID., *Una categoria di frontiera: il dolo eventuale tra scienza, prassi giudiziaria e politica delle riforme*, in *DPP*, 2009, 1317 ss..

⁴⁷ C. ROXIN, *Ueber den “Dolus Eventualis”*, in *Studi in onore di Mario Romano, etc. cit.*, 1201 ss.; sembra adottare anche il modello della “decisione contro il bene giuridico” in giurisprudenza anche Cass., Sez. I, 1 febbraio 2011, P.G. contro Vasile, inedita.

⁴⁸ CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 2002.

⁴⁹ In argomento, G. FORTE, *Morte come conseguenza di contagio da HIV: profili soggettivi*, in *Foro it.*, 2001, 290 ss.; nonché, volendo anche MANNA, *Colpa cosciente, etc. cit.*, 211 ss..

Se così è, risorgono tutte le obiezioni di fronte a ricostruzioni del dolo eventuale in chiave oggettivistico-normativa, proprio perché fanno perdere al dolo stesso il suo ineliminabile coefficiente psicologico, ma, d'altro canto, va anche osservato, sulle orme dello stesso Fiandaca, come pure le teorie di carattere soggettivistico, come abbiamo sinora cercato di dimostrare, hanno evidenziato sovente notevoli limiti, come, ad esempio, quella relativa alla "decisione contro il bene giuridico" per cui è giusto domandarsi, in definitiva, se: "il costrutto giuridico del dolo eventuale poggia su un atteggiamento mentale realmente esistente e tangibile in termini psicologici"⁵⁰.

A tali conclusioni sembra anche giungere, giustamente, altro acuto esponente della dottrina, come Catenacci⁵¹.

Egli, infatti, esordisce in materia rilevando come lo scopo finale dell'"abuso" dell'istituto in oggetto da parte della giurisprudenza è "infatti quello di punire fatti ontologicamente o sostanzialmente colposi a titolo di dolo".

Per questa ragione afferma in maniera decisa come la stessa categoria del dolo eventuale - per le ragioni poco prima ricordate, che si riferiscono anche al ben noto intervento delle Sezioni Unite penali in tema di ricettazione - dovrebbe essere "espunta dal vocabolario dei penalisti".

Egli, infatti, ritiene come il dolo eventuale sia figlio di una scienza penalistica di carattere ottocentesco, ove non ci si poneva in alcun modo il problema dei rapporti col processo penale e, soprattutto, non ci si chiedeva quale impatto potessero avere tali categorie sul processo penale medesimo.

A questo proposito giustamente il Catenacci fa un interessante parallelo con la vicenda, già ampiamente analizzata in precedenza, del plagio, ove, infatti, la Corte costituzionale, com'è noto, ha dichiarato illegittima la relativa norma proprio perché insuscettibile di prova nel processo.

Ed in tal senso il parallelo con il dolo eventuale appare particolarmente calzante proprio perché, nonostante i numerosi e diversificati tentativi operati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sembra proprio che la forma di dolo in oggetto possieda le analoghe difficoltà di ordine probatorio, rispetto a quelle che abbiamo riscontrato in materia di plagio.

Queste condivisibili osservazioni costituiscono, tuttavia, soltanto una c.d. *pars destruens*, mentre manca quello che potremmo definire la *pars costruens*, per

⁵⁰ FIANDACA, *op. loc. ult. cit.*,

⁵¹ CATENACCI, *I poteri dello Stato e diritto penale*, in *I poteri dello Stato e la Costituzione*, Almerighi, Manna (a cura di), Roma, 2011, 75 ss. e, quivi, 84 ss..

la quale è, a nostro avviso, opportuno rivolgersi ad alcuni ordinamenti stranieri.

Nei sistemi anglosassoni, ad esempio, per i casi che da noi rientrerebbero nel dolo eventuale si ricorre invece all'istituto della *recklessness*, ovvero ad una terza forma di colpevolezza, che si colloca a metà strada tra il dolo e la colpa, giungendo a ricomprendere le forme più basse, come intensità, del dolo e quelle più gravi della colpa⁵².

In realtà, anche tale forma d'imputazione soggettiva, che consiste nella "*consapevole ed irragionevole assunzione di un rischio*", sia riguardo al fatto che una data circostanza indesiderabile esista, sia riguardo al fatto che un danno possa verificarsi, è tuttavia alquanto controversa, essendo ricostruita tanto in chiave *soggettiva*, che in termini *oggettivi*, a seconda che si ritenga, rispettivamente, che il soggetto è *reckless* solo se è consapevole di assumere un rischio ingiustificato, ovvero che il rischio assunto è tale che qualsiasi soggetto ragionevole ne sarebbe stato consapevole.

Proprio questa "incertezza" fra oggettivizzazione o soggettivizzazione dell'istituto in oggetto lo rende, in effetti, difficilmente "esportabile" in altri ordinamenti, come il nostro.

In Francia, invece, il legislatore della riforma del 1996 disciplina questi casi ricorrendo all'istituto della *deliberata messa in pericolo dell'altrui persona*, in base al quale la responsabilità sussiste anche nell'ipotesi in cui vi sia stata consapevolezza del pericolo e l'azione sia stata, ciò nonostante, deliberatamente commessa per mettere in pericolo l'altrui persona.

Quest'ultima forma è, peraltro, stata fatta propria anche dal legislatore spagnolo attraverso il "*consciente desprecio por la vida de los demás*"⁵³.

Le obiezioni che sono state mosse a questa c.d. terza forma, non appaiono convincenti, in primo luogo perché non si tratta soltanto di agire sul carico sanzionatorio, giacché non siamo in presenza di una circostanza attenuante, ma l'ambizione è ben maggiore, ovvero, appunto, quella di costruire una terza forma, intermedia, tra dolo e colpa.

Nemmeno convince, peraltro, l'obiezione, autorevolmente avanzata dal Donini⁵⁴, ovvero che la c.d. terza forma servirebbe solo a sdrammatizzare il

⁵² *Amplius* sul tema cfr. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese*, Padova, 1992.

⁵³ In argomento CURI, *Tertium datur*, Milano, 2003; nonché, volendo, anche MANNA, *Alla ricerca di una terza forma tra dolo e colpa*, in *Verso un codice penale modello per l'Europa - Offensività e colpevolezza*, Cadoppi (a cura di), Padova, 2002, 239 ss..

⁵⁴ DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank, etc. loc. ult. cit.*

problema ma non a risolverlo perché le uniche forme di colpevolezza sarebbero costituite dal dolo e dalla colpa.

Quest'ultima affermazione, infatti, ci sembra non dimostrata a livello ontologico giacché anche in chiave psicologica è ben possibile prefigurare una terza forma tra dolo e colpa che, come abbiamo potuto sinora constatare, non costituisce un puro costrutto a livello teorico, ma appare affondare la sua essenza in una ben precisa base psicologica, soprattutto *empiricamente verificabile*. Non va, infatti, dimenticato che lo stesso codice Rocco prevede un'altra "terza forma", tra dolo e colpa, ovvero la preterintenzione.

D'altro canto, che la stessa letteratura francese ritenga che la "deliberata messa in pericolo dell'altrui persona" *assomigli* al dolo eventuale, non costituisce certo un dato di cui meravigliarsi, perché probabilmente coglie nel segno la letteratura francese, che, però, anche dimostra come la stessa somiglianza con il dolo eventuale non significa affatto che la formula utilizzata dal legislatore francese possa essere *identificata* con la volontà dell'evento, come, invece, richiede l'art. 43 del codice penale italiano.

6. Il problema, però, che a questo punto si pone circa l'eventuale utilizzazione della c.d. terza forma tra dolo e colpa è se debba essere impiegata come forma generale di colpevolezza, oppure debba essere limitata soltanto ai reati contro la vita e l'integrità fisica.

Va, a questo proposito, rilevato che, di recente, un, peraltro, convinto sostenitore del dolo eventuale, del livello di Canestrari⁵⁵, ha, però, in maniera assai interessante ritenuto che si possa utilizzare la c.d. terza forma in alcune ipotesi criminose relative alla parte speciale del codice penale, che, almeno a nostro avviso, dovrebbero corrispondere proprio ai delitti contro la vita e l'integrità fisica.

Questa interessante apertura non può che trovarci consenzienti giacché, in effetti, introdurre addirittura come forma generale di colpevolezza la c.d. terza forma potrebbe rappresentare, in teoria, un'operazione forse troppo azzardata, perché troppo distante dalla nostra tradizione giuridica.

Viceversa, un c.d. "esperimento-pilota", come quello di introdurre intanto questa nuova forma di colpevolezza, proveniente da ordinamenti stranieri, solo in relazione ai *reati de quo agitur*, non solo consente di risolvere i pro-

⁵⁵ CANESTRARI, *Il limite superiore tra dolo eventuale e forme miste*, Relazione al Convegno su: "Reato colposo e modelli di responsabilità - Le forme attuali di un paradigma classico", Ravenna, 23-24 marzo 2012 (atti in corso di pubbl.).

blemi che più di frequente comportano l'utilizzazione, viceversa, del dolo eventuale, ma permette anche di verificare se il nuovo istituto, trapiantato nel sistema penale italiano, comporti o meno "crisi di rigetto" che, laddove si verificassero, sarebbero senza dubbio di minore portata rispetto, invece, all'ipotesi, sicuramente più ambiziosa, ma più pericolosa, di introdurre una generale terza forma di colpevolezza.

Ciò potrebbe, infine, consentire, o almeno tentare, di arginare la continua "espansione" del dolo eventuale da parte della giurisprudenza, che di recente è, infatti, stato esteso a "campi di materia" costituenti tradizionalmente "terreno d'elezione" del reato colposo, quali gli infortuni sul lavoro, da un lato e gli incidenti stradali, dall'altro.

7. E' tempo, ormai, di trarre le conclusioni di quest'ampia analisi su di un tema così ostico, come la differenza fra dolo eventuale e colpa cosciente: dalle considerazioni sinora svolte crediamo che il c.d. "mistero" del dolo eventuale, da cui abbiamo preso le mosse, sembri progressivamente trovare una soluzione, che fa piacere rilevare, è anche di recente stata sostenuta, seppur a livello sperimentale, anche da uno dei più convinti sostenitori del dolo eventuale medesimo.

Ciò, almeno a nostro giudizio, costituisce un'importante "spia" di un dato di fatto che ormai dovrebbe far riflettere i penalisti: sinora l'atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza, segnatamente italiana e tedesca, è stata quella di rinvenire quasi "ad ogni costo" un contenuto plausibile al dolo eventuale, così non solo dividendosi fra "normativisti" e "psicologisti" ma, soprattutto, come suol dirsi, rischiando di inserire sempre più "vino nuovo", nelle "botti vecchie".

Il tentativo, viceversa, ancora a livello teorico, almeno da noi, ma che ha già dato buona prova di sé in altri ordinamenti, tanto è vero che lo hanno addirittura inserito nei rispettivi codici penali come, in particolare, il francese e lo spagnolo, sta a dimostrare come probabilmente sia venuto il momento di sostituire le botti vecchie con nuovi "recipienti", cioè nuovi istituti giuridici, che siano non solo empiricamente verificabili, ma che siano più adatti a recepire, per l'appunto, il "vino novello".