

UN DIALOGO IMMAGINARIO CON LA GIURISPRUDENZA TEDESCA SUI CONFINI DEL DOLO

In tema di omicidio e “soglia d’inibizione”

di Massimiliano Dova

Abstract. *L’orientamento prevalente della giurisprudenza del Bundesgerichtshof tende a restringere i confini del dolo. In situazioni d’incertezza sull’effettivo accertamento della componente volitiva, il Bundesgerichtshof finisce spesso per negare la sussistenza del dolo (in dubio pro culpa), dando rilievo alla spontaneità, all’avventatezza, all’impeto o allo stato di alterazione emotiva del reo (c.d. teoria della soglia di inibizione – Hemmschwellentheorie). Alla luce della recente sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssen, la teoria della soglia d’inibizione sembra aver trovato accoglimento anche nell’ordinamento italiano.*

SOMMARIO: 1. L’accertamento del dolo d’omicidio nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*. – 2. La teoria della soglia d’inibizione. – 3. Le coordinate teoriche. – 4. Gli indicatori del dolo. – 5. Il confronto con la giurisprudenza italiana. – 6. La teoria della soglia d’inibizione è stata accolta anche dalle Sezioni unite?

1. L’accertamento del dolo d’omicidio nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*.

La sentenza in commento si inserisce nel solco di un indirizzo giurisprudenziale ormai da lungo tempo consolidato, che si caratterizza per una decisa riaffermazione della componente volitiva del dolo (eventuale).

L’orientamento prevalente della giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* tende a restringere l’area del dolo d’omicidio¹. Ad essere fermamente respinta è qualsiasi concezione normativo-oggettivistica, che inferisca la sussistenza del dolo dalla

¹ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. vol. I, C.H. Beck, München, 2006, p. 473, il quale osserva che «mentre in dottrina la componente volitiva del dolo viene sempre più contrastata, la giurisprudenza più recente mostra un’opposta tendenza: il dolo viene negato per mancanza del “volere” anche quando il reo ha riconosciuto la rilevante pericolosità della propria condotta e ha lasciato andare le cose per il loro verso» (trad.it. a cura dell’A.).

tipologia qualitativa e quantitativa del rischio innescato dal comportamento del reo. La Corte suprema tedesca, nel condividere una concezione psicologica del dolo che impone l'accertamento di stati mentali effettivi, richiede che sia provata, in modo rigoroso, la componente volitiva, attraverso un'analitica valutazione di tutti gli indicatori del dolo².

In situazioni d'incertezza sull'effettivo accertamento della componente volitiva, il *Bundesgerichtshof* finisce spesso per negare la sussistenza del dolo (*in dubio pro culpa*), dando rilievo alla spontaneità, all'avventatezza, all'impeto o allo stato di alterazione emotiva del reo³. Per giungere a questa conclusione, la giurisprudenza tedesca fa ricorso alla c.d. teoria della soglia di inibizione (*Hemmschwellentheorie*), la quale dà specifico rilievo agli aspetti appena menzionati.

Anche quando si trova a giudicare, come nel caso di specie, situazioni di fatto nelle quali la condotta estremamente violenta e pericolosa del reo sembra suggerire un rimprovero a titolo di dolo⁴, il *Bundesgerichtshof* ritiene che ciò non sia sufficiente per ritenere provato il dolo (eventuale): ad essere necessaria in questi casi è un accertamento rigoroso della componente volitiva.

2. La teoria della soglia d'inibizione.

La giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* degli ultimi trent'anni ha frequentemente negato che fosse stata raggiunta la prova del dolo eventuale ogni qual volta il reo, in stato di alterazione emotiva, derivante da rabbia, umiliazione, disperazione (alterazione emotiva favorita talvolta anche dall'effetto di sostanze alcoliche), ha aggredito, in modo spontaneo o avventato, la vittima con estrema violenza: con calci al torace e alla testa di un bambino di tre mesi; con 23 colpi di martello al collo e alla nuca; con cinque colpi di coltello accompagnati dalle parole "cane, ti uccido"; con un colpo con la mano al collo e altri due colpi con un candelabro di ghisa di 3,5 kg alla nuca di una signora di 84 anni; con calci in faccia e al collo; con

² Sul punto v. G. STEINBERG, F. STAM, *Der Tötungsvorsatz in der Revision des BGH*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2011, p. 177 ss., p. 178; in tema di indicatori del dolo, cfr. W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 481 ss., in particolare p. 501 ss. L'Autore indica numerosi dati rilevanti nell'accertamento del dolo in relazione a tre differenti livelli: a) pericolosità oggettiva; b) rappresentazione del pericolo (livello cognitivo); c) decisione per la realizzazione del pericolo riconosciuto.

³ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 475; sul punto v. D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 22 ss., p. 30, il quale rileva, invece, che «la definizione generale del dolo non dà rilievo a profili emozionali o affettivi»; l'A. aggiunge che «elementi emozionali sono estranei alla struttura tipica del dolo: in via generale non valgono (non servono) a fondare il dolo, né valgono ad escluderlo».

⁴ I. PUPPE, sub § 15, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2013, Rn. 95, la quale osserva in senso critico che «la dottrina del dolo della giurisprudenza è una dottrina del dolo d'omicidio in stato di alterazione emotiva e, come tale, soprattutto una dottrina per evitare il dolo» («*dass die Vorsatzdoktrin der Rechtsprechung eine Affekt-tötungsvorsatzdoktrin ist und als solche vor allen Dingen eine Vorsatzvermeidendoktrin*»).

un colpo di coltello al torace⁵; con quattro colpi alla fronte e un colpo a mano tesa tra la tempia e la regione occipitale di un bambino di 15 mesi (il reo era un lottatore di Karate)⁶.

Tra i numerosi casi appena menzionati, quest'ultimo merita di essere approfondito in modo particolare, perché traccia le coordinate fondamentali della teoria della soglia d'inibizione alla quale la Corte suprema tedesca dà rilievo determinante per accertare il dolo (eventuale).

Vale la pena di ricostruire la vicenda che ha dato origine all'intervento del *Bundesgerichtshof* nel 1987. Secondo la ricostruzione svolta dal *Landgericht*, l'imputato, che all'epoca dei fatti (1986) aveva due figli di tre e sei anni, viene descritto come «un padre affettuoso e comprensivo» (*ein "zärtlicher, einfühlsamer" Vater*), che si rifiuta di utilizzare la violenza fisica come strumento educativo (*körperliche Züchtigungen als Erziehungsmittel ablehnte*). La sera in cui ha commesso il fatto, l'imputato, come già aveva fatto in altre precedenti occasioni, si prende cura del figlio di 15 mesi della sua compagna: lo lava, lo veste lo mette a letto, dopo aver messo a letto anche i suoi due figli. Irritato dalle continue urla del bambino, l'imputato lo colpisce almeno quattro volte alla fronte (non è stato tuttavia possibile chiarire se l'imputato lo abbia fatto con il pugno oppure facendogli picchiare la testa contro una superficie dura). Dopo aver cercato di far calmare il pianto e le urla del bambino dandogli da mangiare, l'imputato (un allenato lottatore di Karate) lo colpisce con la mano tesa, in modo spontaneo e avventato, tra la tempia e la regione occipitale, causandone la morte.

La condanna per omicidio volontario (ad otto anni di reclusione) pronunciata dal *Landgericht* di Mannheim viene annullata dal *Bundesgerichtshof*, che ritiene non sia stato correttamente accertato il dolo⁷.

⁵ I casi sono riferiti da C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 474, al quale si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche.

⁶ In questo caso (BGH, 25 novembre 1987-3 StR 449/87, in *Strafverteidiger*, 1988, p. 328) il *Bundesgerichtshof* ha annullato la sentenza di merito, poiché il *Landgericht* non aveva fatto i conti con la soglia di inibizione dinanzi alla commissione di un omicidio e non aveva tenuto conto della personalità del reo in relazione alle specifiche caratteristiche del caso concreto («*Es hat aber weder bedacht, daß vor der Billigung des Todes eine erhöhte Hemmschwelle liegt, noch hat es in seine Erwägungen die Persönlichkeit des Angeklagten und die konkreten Besonderheiten der Tat einbezogen*»). Sul punto C. ROXIN, *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, in K. ROGALL, I. PUPPE, U. STEIN, J. WOLTER (a cura di), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied, 2004, p. 243 ss., p. 249, il quale condivide la necessità di tenere in considerazione tutti questi elementi. In senso critico v. I. PUPPE, *Begriffskonzeptionen des dolus eventualis*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, p. 65 ss., p. 76 ss., in particolare p. 78. L'autrice ritiene che tali fattori devono essere tenuti in considerazione come elementi di commisurazione della pena in base alla copevolezza ai sensi del § 46 StGB: «*Allgemeine Schuldzumessungsgründe, insbesondere Schuld mildernsgründe, gehören, entgegen Roxin, nicht zum Vorsatz, sondern zur Schuldzumessung nach § 46 StGB*».

⁷ Per un più recente caso analogo v. BGH, 1 giugno 2007-2 StR 133/07, in *juris.bundesgerichtshof.de*, nel quale il *Bundesgerichtshof* ha annullato la sentenza di merito, che aveva condannato per omicidio volontario una madre sola di quattro bambini che, a seguito delle continue urla di uno dei figli di poco meno di un anno, lo scuote tanto violentemente da causarne la morte.

Secondo il giudice di merito, l'imputato, pur avendo agito in stato di alterazione emotiva (*in affektiver Erregung*), era consapevole della pericolosità della sua condotta per la vita del bambino. Pur ritenendo che la morte del bambino fosse una possibile conseguenza della sua azione, l'imputato ha agito comunque, accettando così la verifica dell'evento, anche se lo scopo perseguito non era quello di cagionare la morte del bambino⁸.

Secondo il *Bundesgerichtshof* il giudice di merito non ha correttamente accertato il dolo eventuale, poiché ha dedotto l'accettazione dell'evento esclusivamente dalla componente rappresentativa, senza esaminare le caratteristiche del caso concreto.

Dopo aver brevemente tratteggiato le coordinate teoriche sul dolo eventuale e aver enunciato la teoria della soglia di inibizione – su entrambi gli aspetti si tornerà più avanti – il *Bundesgerichtshof* ritiene che la componente volitiva del dolo eventuale possa, in questo caso, essere confutata sulla base di diversi elementi fattuali : a) il comportamento dell'imputato nei confronti dei figli non era mai stato violento; b) prima della commissione del fatto l'imputato era sempre stato premuroso nei confronti della vittima; c) anche la sera in cui ha commesso il fatto, l'imputato ha lavato, vestito e dato da mangiare al bambino; d) l'imputato ha agito in modo spontaneo e irriflesso dovuto al suo stato di alterazione emotiva; e) subito dopo la commissione del fatto, l'imputato ha messo in atto maldestri tentativi per rianimare la vittima.

Questo percorso logico-motivazionale in relazione all'accertamento del dolo ha trovato ampio accoglimento in casi più recenti, che consentono di comprendere a fondo la breve motivazione della Corte suprema tedesca nella sentenza qui annotata.

⁸ Non trattandosi della traduzione letterale, si riporta qui di seguito il passaggio della sentenza di merito così come citato dal *Bundesgerichtshof* (BGH, 25 novembre 1987-3 StR 449/87, cit.): «*Hat aber der Angeklagte mit diesem Wissensstand wuchtig mit der Handkante zugeschlagen, dann war er in diesem Augenblick mit dem für möglich gehaltenen Tode des Kleinen auch einverstanden, auch wenn ihm eine solche Willensrichtung sonst ferngelegen hat*».

Bundesgerichtshof, 23 giugno 2009-1StR 191/09⁹

Durante una festa in casa l'imputato, sotto l'effetto di sostanze alcoliche, inizia ad assumere un comportamento fisicamente e verbalmente aggressivo nei confronti della vittima. Dopo essere caduto su un tavolo di vetro a causa di una spinta ricevuta dalla vittima, l'imputato raccoglie un frammento di vetro lungo diversi centimetri e, per vendicarsi dell'umiliazione subita, colpisce la vittima al collo. A causa della ferita profonda 10 cm., dalla quale deriva un'abbondante emorragia, la vittima muore nei successivi cinque minuti.

Bundesgerichtshof, 28 febbraio 2013-4 StR 357/12¹⁰

A seguito di un diverbio e di uno scambio di spinte tra due gruppi contrapposti, l'imputato colpisce violentemente (3 kgf) la vittima con un coltello dalla lama di 14 cm. La ferita al polmone e al pericardio (profonda circa 17 cm.) determina la morte della vittima (accertata in ospedale poche ore più tardi, nonostante i tentativi di rianimazione).

⁹ BGH, 23 giugno 2009, 1 StR 191/09, in *juris.bundesgerichtshof.de*; analogamente BGH, 20 giugno 2012, 5StR 514/11, in *juris.bundesgerichtshof.de*. Si tratta di un caso in cui gli imputati, sotto l'effetto di sostanze alcoliche e dopo aver litigato con la vittima, versano della sostanza infiammabile sulla vittima e accendono il fuoco con un accendino. Con stupore osservano che i vestiti della vittima prendono rapidamente fuoco. Prima cercano di spegnerlo a mani nude e poi utilizzano dell'acqua. Spento il fuoco, gli imputati chiamano i soccorsi. La vittima, a distanza di poco più di un mese, muore in ospedale a causa delle ustioni di terzo grado che coprono il 60% circa della superficie corporea. Il *Bundesgerichtshof* conferma la sentenza di merito, che aveva escluso il dolo eventuale, condannando gli imputati per lesioni personali con conseguenze mortali (§ 227 StGB). Nello stesso senso BGH, 10 dicembre 2002-4StR 370/02, in *Strafverteidiger*, 2004, p. 74 s. Questi i fatti giudicati in quest'ultima pronuncia: nell'intento di dare una bella lezione a W. e di rapinarlo, A. colpisce la vittima con un pugno al volto, a causa del quale la vittima cade a terra. A questo punto, B. colpisce violentemente W. con un calcio in pancia. Dopo avergli intimato di smettere, A. impedisce a B. di colpire nuovamente la vittima. Mentre gli altri due imputati C. e D. cercano il denaro, B. colpisce violentemente la vittima, nello stesso punto, con un secondo calcio dall'alto verso il basso. Infine, prima di allontanarsi C., infastidito dal fatto che la vittima non avesse denaro, colpisce con un calcio la W. sul fianco sinistro. Nonostante l'intervento chirurgico, la vittima decede tre giorni più tardi. In ragione della violenza e della brutalità impiegata, il *Landsgericht* ritiene che gli imputati B. e C., nel mostrarsi indifferenti rispetto al possibile esito fatale della loro aggressione, abbiano agito con dolo eventuale. In senso contrario il *Bundesgerichtshof* esclude il dolo eventuale, facendo appello alla teoria della soglia di inibizione. Nello stesso senso anche BGH, 8 maggio 2008, 3 StR 142/08, in *juris.bundesgerichtshof.de*, che riguarda un caso di omicidio cagionato con sei colpi di spranga di ferro di 75 cm. e dal peso di circa 1 kg. In questo caso il *Bundesgerichtshof* ha annullato la sentenza di merito, che aveva condannato l'imputato per assassinio (*Mord*), rinviando al giudice di merito per una nuova valutazione. Più di recente in tal senso v. anche BGH, 27 agosto 2013, 2 StR 148/13, in *juris.bundesgerichtshof.de* Sul punto v. anche G. STEINBERG, *Indizwert einer höchst lebensgefährlichen Tathandlung für den Tötungsvorsatz*, in *Juristen Zeitung*, 2010, p. 712 ss.

¹⁰ BGH, 28 febbraio 2013-4 StR 357/12, cit., p. 538 ss.; analogamente sia in relazione ai fatti, sia per quanto riguarda l'esclusione del dolo eventuale v. BGH, 18 gennaio 2007-4 StR 489/06, in *juris.bundesgerichtshof.de*; nello stesso senso v. anche BGH, 20 settembre 2005-3 StR 324/05, in *juris.bundesgerichtshof.de*; in quest'ultimo caso si trattava di tre ferite al torace causate da un'aggressione con un coltello.

In entrambi i casi il *Bundesgerichtshof*, nel confermare la condanna per lesioni personali aggravate dalla morte (§ 227-*Körperverletzung mit Todesfolge*), ha escluso la sussistenza del dolo eventuale di omicidio.

Nel primo caso, i giudici tedeschi ritengono che l'imputato, in ragione della particolare violenza e pericolosità della condotta (colpo inferto con forza in una zona vitale), avesse messo in conto la possibilità di uccidere la vittima. Tale considerazione viene, tuttavia, confutata dalla presenza di elementi fattuali particolarmente rilevanti.

Il *Bundesgerichtshof* dà rilievo al fatto, sia pure ritenuto di carattere ambivalente dalla stessa sentenza, che il reo avesse agito con rabbia e in modo spontaneo e irriflesso a causa dell'umiliazione subita (caduta sul tavolo). Una reazione spontanea e irriflessa che era stata sì favorita dall'assunzione di sostanze alcoliche, ma non in modo tale da escludere l'imputabilità («*Schuldfähigkeit*»).

In effetti, proprio laddove la condotta del reo è dettata da un'incontrollata reazione d'impeto racchiusa in una (più o meno) breve parentesi temporale, pare difficile ritenere che il reo abbia voluto realizzare l'evento. In quel breve intervallo temporale non sembra esserci margine per una valutazione razionale delle possibili conseguenze del proprio gesto¹¹: non sembrano trovare spazio né accettazione, né valutazione, né bilanciamento che possano farci ritenere che il reo abbia voluto cagionare la morte della vittima, poiché manca, in ultima analisi, qualsiasi margine di scelta da parte del reo¹².

Comunque si voglia definire il surrogato della volontà nel dolo eventuale e a meno di non volerlo trasformare in un'endiadi della rappresentazione circa la possibile¹³ verificazione dell'evento, è indispensabile che vi sia spazio per una

¹¹ Cfr. F. CARRARA, *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*, Lucca, 1863, p. 22 ss. Sia pure in relazione al tentativo, Carrara osservava: «Quando però all'agente mancò l'intervallo di tempo per deliberare, e la calma per calcolare le conseguenze degli atti cui si spingeva, negasi dalla comune dei criminalisti potersi applicare la nozione del tentativo. E la ragione è piuttosto *psicologica*, che *giuridica*. Giuridicamente si ha l'elemento morale del tentativo di un delitto, tosto che si suppone la intenzione diretta ad e seguirlo. Ma *psicologicamente* si nega che ad un'animo agitato da veemente passione possa attribuirsi, nelle istantanee sue risoluzioni, una volontà finitamente diretta a fine diverso da quello ottenuto. La passione toglie lucidità dell'intelletto. La rapidità dell'azione non dà agio a calcolare. Si agisce per isfogo dell'affetto che ci commove, senza riflettere cosa avverrà da ciò che facciamo. In una parola la distinzione fra atto assunto come mezzo, e effetto voluto come fine, implica un ragionamento, che non è compatibile con l'animo acciccato della passione istantanea. L'uomo adirato o impaurito che dà di piglio all'arma somministra tagli dal furore, o dalla paura, vibra colpi per isfogo del sentimento che l'agita: ferisce per ferire; non pensa alla morte del suo nemico; o se questa idea gli balena nel pensiero, non vi balena come un effetto che assolutamente si voglia da lui conseguire». E ancora l'Illustre Autore aggiunge che «gli atti esterni dell'uomo infuriato essendo d'ordinario irrazionali, e scevri di calcolo, non potrà da questi argomentarsi con sicurezza che in un dato caso nel ferimento si vede piuttosto un mezzo che un fine».

¹² Cfr. S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 35 ss.

¹³ Già di per sé la rappresentazione circa il possibile verificarsi dell'evento ha una scarsissima capacità selettiva. Come possibile ci si può rappresentare quasi tutto. Anche se si affianca l'aggettivo possibile con qualche avverbio (concretamente, seriamente, ecc.), non sembra che si definiscano confini più stringenti ad un concetto, come quello di possibilità, che è una "scatola vuota" priva di qualsiasi aggancio empirico. Si potrà dire che un evento è più o meno probabile – ed allora il problema si sposta sulla individuazione

decisione consapevole. Accanto alla scelta d'azione contro il bene giuridico vi deve essere spazio per una libera scelta di realizzare l'evento che, in questi casi, sembra invece essere assente, quando ci si trova dinanzi ad un reo emotivamente alterato che agisce al di là di qualsiasi calcolo razionale tra il costo (eventuale) della propria azione e il perseguimento del proprio obiettivo.

Sia pure in relazione ad un contesto decisamente diverso, ma in ogni caso utile a mettere in rilievo un aspetto che prescinde dalle concrete modalità di aggressione al bene giuridico, vale la pena di tenere in considerazione anche le conclusioni del consulente tecnico del p.m. nel caso Lucidi¹⁴, il quale osserva che il «tempo intercorso tra percezione e “botto”, eventi separati da un battito di ciglia» costituisce «un tempo incompatibile con quel quid di cosciente, con quella decisione di “rischiare” che è necessario intestare all'imputato per poter, poi, a lui riferire l'omicidio a titolo di dolo eventuale».

Come è stato osservato in termini generali, il reo «quando ha agito nella furia degli eventi non ha pensato. Ha pensato il giudice al posto suo, da uomo normale e razionale»¹⁵. La razionalizzazione finisce così per avvenire a posteriori e utilizzare la condotta come esclusivo punto di riferimento¹⁶, per concludere che il reo, apparendo indifferente e insensibile rispetto al bene tutelato, ha agito accettando il costo che l'evento si verificasse. Una razionalizzazione a posteriori è in qualche misura sempre riconnessa al ragionamento del giudice che, attraverso massime di esperienza, procede di norma «ad una estensione analogica al caso individuale dell'*id quod plerumque accidit*»¹⁷. Tuttavia, in questi casi, “il costo” rappresentato dell'evento è completamente estraneo alla valutazione di un reo emotivamente alterato che, al di là delle modalità di condotta e dei mezzi impiegati, agisce d'impulso, senza aver un momento per riflettere sulle conseguenze della sua condotta e, al contempo, volerle.

della soglia di probabilità – ma la possibilità è una nozione che può essere liberamente riempita dall'interprete attraverso considerazioni di fatto insindacabili.

¹⁴ Cass., 18 febbraio 2010, n. 11222, in *Foro it.*, 2010, II, c. 307. In questo caso l'imputato, senza patente, a bordo di un'auto di grossa cilindrata, attraversa ad alta velocità un incrocio semaforico con il semaforo rosso, investendo due persone a bordo di un motociclo e provocandone la morte. Mentre il Tribunale di Roma aveva condannato per omicidio volontario commesso con dolo eventuale, la Corte di cassazione ha ritenuto che si trattasse di omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento.

¹⁵ F.M. IACOVELLO, *Processo di parte e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 463 ss., p. 491 e 493. L'A. aggiunge che «il dolo eventuale – i come fatto psichico reale – richiede un ragionamento complesso *psico-logico* (percezione delle informazioni, elaborazione delle stesse, calcolo delle probabilità dell'evento, deliberazione dei pro e i contro, decisione di correre il rischio e di accettare l'evento) che è inimmaginabile possa avvenire in una frazione di tempo. Mancano i tempi tecnici» (p. 507).

¹⁶ Cfr. F. CARRARA, *op. cit.*, p. 24, il quale osservava che «dagli atti si può argomentare la volontà dell'uomo che ragiona: ma nell'uomo che non ragiona cotesto criterio è fallace. Il giudice quando lo adopera è a sangue freddo: e dalle previsioni che egli in questo stato egli forma, argomenta le previsioni dell'uomo tratto fuori di sé. Ma tale imprevisto delle proprie previsioni è logicamente vizioso, perché procede sulla equiparazione di due posizioni difformi; e riuscendo il più delle volte fallace, converte le sentenze in voli pindarici».

¹⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, p. 326.

Tornando agli argomenti utilizzati dal *Bundesgerichtshof*, il terzo indicatore al quale si fa riferimento per escludere il dolo eventuale è rappresentato dalla circostanza che il reo, oltre a essere sconvolto per l'accaduto, avesse cercato di salvare la vittima, provando a fermare l'emorragia con un asciugamano e insistendo in modo perseverante affinché il medico arrivato sul posto mettesse comunque in atto ogni tentativo per rianimare la vittima, pur avendone già constatato il decesso.

Alla luce di tali circostanze di fatto, i giudici tedeschi escludono (*in dubio pro culpa*) che il reo avesse approvato (*gebilligt*) la verifica dell'evento morte, pur essendosi rappresentato la possibilità che un violento colpo al collo con un pezzo di vetro avrebbe potuto avere conseguenze mortali.

Nel secondo caso, sia il giudice di merito che la corte di legittimità hanno dato un peso determinante a elementi che, sia pure dinanzi alle concrete modalità di aggressione, portano a respingere la sussistenza della componente volitiva del dolo: a) il fatto che si trattasse di una sola coltellata inferta in modo spontaneo, irriflesso ed in stato di alterazione emotiva (*angeheizter Stimmung*); b) l'incertezza sul fatto che il colpo fosse diretto al cuore; c) la mancanza di motivi da parte del reo per voler uccidere la vittima; d) la presenza di testimoni che non potevano far ritenere al reo che la sua azione passasse inosservata; e) lo choc del reo una volta resosi conto di ciò che aveva commesso.

Oltre a quelli appena analizzati, vi è un terzo caso che, a differenza dei primi due, sembra avvicinarsi maggiormente all'ambito nel quale la giurisprudenza italiana è abituata a indagare i confini del dolo.

Bundesgerichtshof, 4 febbraio 2010, 4 StR 394/09¹⁸

Verso le 22.45, l'imputato decide di dare fuoco alla casa in affitto nella quale viveva, fino a qualche tempo prima, insieme alla moglie. L'appartamento dell'imputato si trova al primo di un immobile di due piani, nel quale abitano altre quattro famiglie. Il reo, dopo aver cosparsa tre stanze con 28 litri di benzina ed aver acceso il fuoco, assiste con suo stesso stupore ad una deflagrazione prodotta dalla miscela aria-benziniana, che abbatte la facciata della casa e permette all'incendio di propagarsi fino al tetto. Mentre i vicini del piano terra riescono a fuggire in tempo dalla casa, la vicina di casa dell'imputato la cui abitazione si trova al secondo piano (in corrispondenza di quella incendiata), non avendo a disposizione alcuna via di fuga, muore a causa delle esalazioni.

Il *Bundesgerichtshof* ha confermato la condanna del *Landgericht* per incendio aggravato dall'evento morte (*Brandstiftung mit Todesfolge-§ 306c StGB*). Anche in questo caso sia il giudice di merito, sia quello di legittimità hanno escluso la sussistenza del dolo eventuale d'omicidio. Il *Bundesgerichtshof*, adito su ricorso della pubblica accusa

¹⁸ BGH, 4 febbraio 2010, 4 StR 394/09, in *juris.bundesgerichtshof.de*; per un caso molto simile nel quale si giunge alle medesime conclusioni v. anche BGH, 22 novembre 2001, 1 StR 369/01, in *juris.bundesgerichtshof.de*.

(*Staatsanwaltschaft*) in relazione alla sussistenza del dolo eventuale, ribadisce che ci sono casi nei quali il reo, pur conoscendo tutte le circostanze che rendono la sua condotta pericolosa per la vita altrui, non è tuttavia consapevole che possa verificarsi la morte della vittima. Per ritenere sussistente l'approvazione dell'evento morte da parte del reo è necessario un esame accurato del caso concreto, stante *l'elevata soglia di inibizione che ogni persona normalmente possiede rispetto all'uccisione di un uomo*.

Anche in questo caso l'obiettiva pericolosità dell'azione e la rappresentazione dell'evento come possibile non vengono ritenuti sufficienti per affermare il dolo eventuale. L'imputato aveva pianificato l'incendio, decidendo di cospargere un considerevole quantitativo di carburante in più punti. Non solo, l'obiettiva pericolosità del suo comportamento per la vita dei vicini era aumentata dal fatto che l'incendio fosse stato appiccato in orario notturno. Ciò nonostante, il *Bundesgerichtshof* prende in considerazione due elementi per escludere la componente volitiva. Da un lato, viene dato rilievo all'alterazione emotiva del reo, la cui volontà era quella di distruggere l'ambiente di vita che aveva in precedenza condiviso con la moglie. Dall'altro lato, è stata rilevata la mancanza di motivi del reo per voler uccidere la vicina di casa. In tal senso la Corte osserva che il combustibile non era stato versato nelle immediate vicinanze delle vie di fuga.

3. Le coordinate teoriche.

Prima di ricostruire le coordinate teoriche del dolo eventuale alle quali la Corte suprema tedesca fa costantemente riferimento, sembra opportuno svolgere una precisazione preliminare.

Leggendo i casi analizzati dal *Bundesgerichtshof* potrebbe sorgere il dubbio che le questioni risolte sul piano del dolo eventuale, possano (o debbano) essere, invece, analizzate attentamente sul piano dell'imputabilità, trattandosi di ipotesi nelle quali il reo ha agito in stato di alterazione emotiva (anche dovuta all'assunzione di sostanze alcoliche). Senza voler entrare qui in un tema tanto complesso e delicato come quello concernente i rapporti tra imputabilità e colpevolezza, vale la pena precisare che, nel sistema tedesco, lo stato di alterazione emotiva, quando non incide sull'imputabilità, si riflette sull'accertamento del dolo eventuale. Come è stato autorevolmente rilevato «questa è una terza forma di efficacia dello stato emotivo, che può verificarsi quando un intenso stato emotivo non raggiunge la soglia dei §§ 20, 21»¹⁹ (si tratta delle norme

¹⁹ Sul punto v. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 891 ss., in particolare 896: «Der Affekt kann außer der Wirkungen nach §§ 20, 21 auch die Folge haben, dass der Vorsatz hinsichtlich eines bestimmten Tatbestandsmerkmal oder auch der *dolus eventualis* ausgeschlossen ist. Dies ist dann eine dritte Form des Affektwirkung, die eintreten kann, wenn ein hochgradiger Affekt die Schwelle der §§ 20, 21 nicht erreicht». Il § 20 stabilisce che «Agisce senza colpevolezza chi, nel commettere il fatto, è incapace di valutare l'illiceità o di comportarsi secondo tale valutazione a causa di un disturbo della coscienza o di deficienza mentale o di un'altra grave anomalia mentale»; il § 21 prevede: «Se la capacità dell'autore di valutare l'illiceità del fatto o di comportarsi secondo tale valutazione è sensibilmente ridotta al momento della commissione del fatto a causa di uno

che disciplinano l'imputabilità nel Codice penale tedesco, analogamente a quanto previsto negli artt. 85 ss. c.p.²⁰). Gli spazi entro i quali la giurisprudenza tedesca dà rilievo, sul piano dell'imputabilità, agli stati emotivi sono assai ristretti, in ragione di esigenze di prevenzione generale²¹. Pur non essendo oggetto di analisi specifica in questa sede, si osserva che l'incidenza sull'imputabilità degli stati emotivi in Germania non sembra essere diversa da quella segnata dalla preclusione presente nell'ordinamento italiano (art. 90 c.p.), anche riletta a seguito dell'importante pronuncia del 2005 delle Sezioni unite²². Ad essere semmai diverso è il rilievo attribuito allo stato emotivo del reo in sede di accertamento del dolo (eventuale), poiché questa "terza forma di rilevanza" dell'emotività è stata utilizzata dal giudice italiano, almeno fino al recente intervento delle Sezioni unite²³, esattamente in senso opposto, ossia come indicatore positivo del dolo eventuale. In tal senso la teoria della soglia di inibizione non si pone sul piano dell'imputabilità, bensì su un piano diverso: la distinzione tra diversi criteri d'imputazione soggettiva.

Per accertare se nel caso di specie il giudice di merito abbia correttamente accertato il dolo eventuale, senza incorrere in contraddizioni o errori di apprezzamento e prendendo in considerazione tutti gli indicatori del dolo, il *Bundesgerichtshof* svolge alcune premesse teoriche. A tal proposito, è necessario riportare testualmente le formule tratte utilizzate dalla giurisprudenza costante della Corte suprema tedesca per definire i confini del dolo eventuale. Il perimetro del dolo eventuale viene fissato attraverso il confronto con la colpa cosciente. E ciò anche se la distinzione non viene fatta con l'omicidio colposo, bensì con un reato aggravato dall'evento morte, come il § 227 StGB (lesioni personali con conseguenze mortali). In questi casi, infatti, l'evento deve essere, per espressa previsione legislativa (§ 18 StGB), rimproverabile al soggetto agente quanto meno a titolo di colpa. Pur trattandosi di un'aggressione di base dolosa, la rimproverabilità dell'evento morte sarà, comunque, al confine tra dolo (eventuale) – nel qual caso verranno in rilievo i §§ 211 e 212 StGB (assassinio e omicidio)²⁴ – e colpa (cosciente) – caso in cui si applicherà invece il § 227 StGB.

dei motivi indicati nel § 20, la pena può essere diminuita ai sensi del § 49 co. 1°». Vale la pena precisare che il § 21 non descrive una forma autonoma di semi-incapacità di colpevolezza, bensì un'ipotesi di capacità di colpevolezza ridotta. Sul punto v. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 902.

²⁰ Sul confronto tra disciplina italiana e tedesca dell'imputabilità nella letteratura italiana v. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, p. 319 ss.

²¹ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 893.

²² Cass., Sez. unite, 25 gennaio 2005, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 394 ss.

²³ [Cass., sez. Unite, 24 aprile - 18 settembre 2014, n. 38343](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2014. Sul punto v. A. AIMI, [Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp](#), in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2014.

²⁴ Si riporta qui il testo delle due fattispecie, così come tradotto in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003, p. 251: § 211. Assassinio. (1) L'assassinio è punito con la pena detentiva a vita. (2) È assassino colui che per desiderio di uccidere, per la soddisfazione di un istinto sessuale, per avidità od altrimenti per bassi motivi, perfidamente o crudelmente o con mezzi di comune pericolo, oppure per rendere possibile od occultare un altro reato, uccide un uomo. § 212. Omicidio. (1) Chiunque uccide un uomo senza essere un assassino viene punito in qualità di omicida con la pena detentiva non inferiore a cinque anni. (2) Nei casi particolarmente gravi dev'essere inflitta la condanna alla pena detentiva a vita.

L'iter argomentativo seguito dal *Bundesgerichtshof* parte, quindi, dalla distinzione teorica tra dolo eventuale e colpa cosciente. Anche se di norma la colpa cosciente sembra costituire – almeno nei casi in cui inizialmente la contestazione è per omicidio volontario – una categoria residuale, che si ricava per sottrazione, dopo aver identificato i limiti del dolo eventuale, si ritiene più opportuno anticipare, in questa sede, la sintetica definizione giurisprudenziale di colpa cosciente, per focalizzare poi l'attenzione sul dolo eventuale.

Secondo le definizioni elaborate dall'ormai consolidata giurisprudenza tedesca²⁵, «vi è colpa cosciente quando il reo non si rassegna alla possibile realizzazione della fattispecie e confida seriamente – non solo in modo vago – nel fatto che l'evento non si verificherà».

«Il dolo eventuale presuppone [invece] che il reo riconosca come possibile e non del tutto improbabile la verificazione dell'evento tipico, e che egli ne approvi la verificazione [la metta in conto approvandola] o vi si rassegni, per perseguire lo scopo desiderato. Poiché dolo eventuale e colpa cosciente si trovano in un territorio di confine l'uno stretto all'altra, nell'ipotizzare il dolo eventuale devono essere ampiamente provate ed eventualmente dimostrate, attraverso accertamenti di fatto, entrambe le componenti dell'elemento psicologico, quindi sia la componente conoscitiva sia quella volitiva».

Poco importa che l'evento sia indesiderato per il reo. Ciò è confermato da quello che è stato definito il leading case in tema di dolo eventuale: il caso della cintura di cuoio (*Lederriemenfall*) del 1955 (il quale peraltro è proprio in tema di omicidio)²⁶. Il *Bundesgerichtshof* ha affermato che accettare l'evento non significa che quest'ultimo deve corrispondere ai desideri del reo. «Può sussistere dolo eventuale anche quando la verificazione dell'evento è indesiderata per il reo. Sul piano normativo il reo approva comunque l'evento, se, per perseguire l'obiettivo voluto, e non potendo raggiungerlo

²⁵ Queste premesse sono condivise dalla giurisprudenza costante. Solo per citare alcune delle più recenti e al contempo più interessanti pronunce: BGH, 20 settembre 2012, 3 StR 140/12, in *Juristische Arbeitsblätter*, 2013, p. 152 ss., nella quale il *Bundesgerichtshof* ha escluso la sussistenza del dolo d'omicidio in forma tentata in un caso in cui il reo, sotto l'influsso di sostanze alcoliche, aveva inflitto alla vittima 13 coltellate alla schiena della vittima (con lama di 7 cm.); negli stessi termini, oltre alle sentenze indicate dalla Corte nel passaggio citato, cfr. BGH, 16 maggio 2013, 3 StR 45/13, in *juris.bundesgerichtshof.de*; BGH, 20 settembre 2012, 3 StR 158/12, in *juris.bundesgerichtshof.de*; BGH, 20 settembre 2012, 3 StR 158/12, in *juris.bundesgerichtshof.de*; BGH, 28 gennaio 2010-3 StR 533/09, in *NStZ-RR* 2010, 144, 145; BGH, 22 marzo 2012-4 StR 558/11, *NJW* 2012, 1524, 1525; BGH, 23 febbraio 2012-4 StR 608/11, in *NStZ* 2012, 443, 444; BGH, 4 febbraio 2010, 4 StR 394/09, in *juris.bundesgerichtshof.de*; BGH, 27 Agosto 2009-3 StR 246/09, *NStZ-RR* 2009, 372; BGH, 23.4.2003, 2 StR 52/03, in *StV*, 2004, p. 75; sul punto v. J. VOGEL, sub § 15, in G. LAUFHÜTTE, RISSING-VAN SAAN, TIEDEMANN, *Leipziger Kommentar StGB*, Berlin, 2007, p. 1034 ss., p. 1034 ss.; C. ROXIN, *Über den «Dolus eventualis»*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 1201 ss., il quale parla di dolo eventuale come «decisione per la possibile lesione del bene giuridico».

²⁶ C. ROXIN, *Über*, cit., p. 1204; ID., *Strafrecht*, cit., p. 445 ss. Il caso viene utilizzato dall'Autore per tracciare la distinzione tra omicidio commesso con dolo eventuale e omicidio colposo (§ 222 StGB).

altrimenti, mette in conto che la sua azione possa causare l'evento indesiderato, e con ciò il reo vuole, nel caso concreto, la sua verifica»²⁷.

4. Gli indicatori del dolo.

A questo quadro teorico, che è del tutto assimilabile a quello che fa da sfondo alla giurisprudenza italiana, si sovrappongono problemi che hanno a che fare con la prova del dolo²⁸. Del resto non potrebbe essere diversamente: la prova dei fatti psichici, non potendo essere diretta, deve essere necessariamente dedotta da elementi oggettivi.

Più che di tipo teorico le incertezze della prassi sul dolo eventuale sono legate a problemi probatori o, più precisamente, alla gestione processuale delle formule teoriche²⁹. Non è sul piano teorico che il problema del dolo eventuale può trovare una soluzione, tanto meno quando il criterio distintivo è aggrappato ad «una formula buona per tutti gli usi»³⁰. La vaghezza delle formule fa da apripista ad un giudizio di accertamento che, essendo sganciato da dati di fatto in qualche modo verificabili, è rimesso in via esclusiva al ragionamento intuitivo. Ed allora il punto di riferimento

²⁷ BGH, 22.4.1955, 5 StR 35/55 (trad.it. a cura dell'A.). I due imputati vogliono rapinare un loro conoscente. Inizialmente decidono di utilizzare una cintura per fargli perdere conoscenza e poi sottrargli i beni. Consapevoli del fatto che in tal modo avrebbero potuto cagionare la morte della vittima, che rappresenta una conseguenza a loro indesiderata, decidono di abbandonare questo piano. Decidono così di utilizzare un sacco di sabbia per far perdere conoscenza alla vittima. Il sacco tuttavia si rompe e i due imputati decidono di utilizzare la cintura. In tal modo strozzano la vittima fino a quando quest'ultima non si muove più. A questo punto prendono i beni presenti nell'appartamento della vittima. Nel vedere che la vittima continuava a rimanere immobile, i due imputati pensano che la vittima sia morta. Dopo aver tentato di rianimarla, lasciano l'appartamento.

²⁸ Sia pure in relazione ad un ambito differente, cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 153 e s.; sul punto v. anche D. PULITANO, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Società*, 2008, p. 902 ss., in particolare p. 904.

²⁹ Di recente v. [M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*](#), in questa Rivista, 2014, p. 70 ss. Sul punto v. G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 363 ss., ora in ID. *La colpa. Studi*, Milano, 2013, p. 401 ss., in particolare p. 419; G.P. DEMURO, *Il dolo, II, L'accertamento*, Milano, 2010; in tal senso C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht un Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, p. 352 ss., in particolare p. 359; diversamente I. PUPPE, *Begriffskonzeptionen*, cit., p. 78 s., la quale osserva che ritenere superfluo il problema teorico è «una pericolosa illusione. Lo sguardo tanto importante sugli indicatori del dolo non consente di aggirare la scelta sul significato della nozione [di dolo]. Solo il significato di tale nozione circoscrive e legittima la scelta e la ponderazione degli indicatori»; sul punto v. anche G. DE VERO, *Il dolo e la preterintenzione*, in ID. (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2010, p. 195, dove l'A. mette in rilievo che le teorie sul dolo eventuale non sono altro che «articolarzioni concettuali e linguistiche incapaci di cogliere atteggiamenti reali, sia pure di carattere soggettivo, o comunque suscettibili di essere adeguatamente provati, nella sede processuale, in chiave differenziale rispetto alla colpa».

³⁰ M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., p. 47; sul punto vedi anche F.M. IACOVIELLO, op. cit., p. 484 ss., il quale, oltre a definirne «ambigua», «vaga» e «manipolabile» la formula, osserva che «il dolo eventuale ti porta la prova sul piatto d'argento, perché permette di accertare il dolo, by-passando la volontà e puntando esclusivamente sulla prevedibilità» (p. 485).

dirimente non può che essere ricercato all'interno del "catalogo aperto" di indicatori del dolo: un piano difficile e insidioso perché, oltre a rendere scarsamente prevedibile la soluzione del caso concreto, finisce per aprire la strada a speculazioni su elementi fattuali che hanno in sé un carattere ambiguo e polisenso³¹.

A tal riguardo il *Bundesgerichtshof* ritiene che, «in caso di condotte violente estremamente pericolose, è evidente che il reo fa i conti con la possibilità che la vittima possa morire e – poiché egli nondimeno prosegue nella sua azione – mette in conto un tale evento. Per questo motivo, in tali casi, è di massima possibile trarre la conclusione che sussista il dolo eventuale, in ragione dell'obiettiva pericolosità della condotta del reo. A questo scopo c'è bisogno di una visione d'insieme di tutte le circostanze di fatto oggettive e soggettive del caso di specie, tra le quali sono soprattutto da includere l'oggettiva pericolosità della condotta, le modalità concrete di aggressione da parte del reo, le sue condizioni psichiche al momento della commissione del fatto e i suoi motivi»³².

Secondo l'orientamento maggioritario³³ del *Bundesgerichtshof*, al quale aderisce la sentenza in commento, «è comunque necessario effettuare una particolare e accurata

³¹ I. PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen, 2014, p. 48 ss., la quale mette in rilievo il fatto che «allo stesso indicatore del dolo, come ad esempio dell'azione pericolosa del reo per la vita [della vittima], viene attribuito, in un caso, valore determinante e, in altri casi gli viene attribuito il significato di preliminare elemento indicativo facilmente confutabile» (trad.it. a cura dell'A.).

³² Così, ad esempio, BGH, 28 febbraio 2013-4 StR 357/12, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, p. 538 ss., p. 539 (trad.it. a cura dell'A.).

³³ Si tenga presente che una parte minoritaria della giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* non condivide la teoria della soglia d'inibizione: BGH, 22 marzo 2012-4 StR 558/11, in *Juristische Rundschau*, 2012, p. 474 con nota adesiva di I. PUPPE. Questo il fatto giudicato dal *Bundesgerichtshof*: dopo vari scontri fisici interrotti dall'intervento del personale addetto alla sicurezza della discoteca, il reo (sotto l'effetto di sostanze alcoliche) aveva aggredito la vittima con un coltello lungo 22 cm. Il colpo alla schiena della vittima (accompagnato dalle parole del reo "crepa, figlio di..."), pur avendo attinto il polmone, non ne aveva causato la morte. I giudici di merito, facendo appello alla teoria della soglia d'inibizione e al principio *in dubio pro reo*, avevano negato la sussistenza del dolo d'omicidio, condannando il reo per lesioni dolose. Secondo il *Bundesgerichtshof* la motivazione è lacunosa e contraddittoria. Dopo aver ripreso le formule tralattate utilizzate dalla giurisprudenza per distinguere dolo eventuale e colpa cosciente, la Corte suprema tedesca osserva che «dall'indispensabile sguardo d'insieme di tutte le circostanze oggettive e soggettive del fatto, il giudice di merito, nel valutare la prova del dolo eventuale d'omicidio, non può sottovalutare a tal punto il valore probatorio della palese pericolosità per la vita delle modalità di condotta» (p. 475). In quest'ultima pronuncia, il *Bundesgerichtshof* ha annullato la sentenza del giudice di merito che, in base a teoria della soglia d'inibizione, era giunto ad escludere il dolo d'omicidio (in forma tentata). La Corte suprema tedesca ha altresì precisato che, nell'accertamento del dolo eventuale, non è indispensabile il richiamo alla teoria della soglia d'inibizione. Per negare la componente volitiva del dolo, è necessario individuare elementi fattuali che mostrino l'affidamento del reo circa la non verificazione dell'evento. Così conclude il *Bundesgerichtshof*: «il richiamo del *Landesgericht* alla "teoria della soglia d'inibizione" è privo di qualsiasi rilievo argomentativo. D'altronde il giudice di merito avrebbe dovuto confrontarsi con il fatto che, già dallo svolgimento della condotta accertato, ossia una violenta coltellata indirizzata alla schiena di una vittima inconsapevole, si desume il superamento di un'esistente soglia di inibizione. Anche un considerevole stato di alterazione dovuto all'assunzione di sostanze alcoliche (oppure una condotta posta in essere in stato di alterazione emotiva e a causa di una decisione spontanea) è particolarmente idoneo, secondo la consolidata esperienza, a ridurre la soglia di inibizione esistente anche per azioni violente particolarmente pericolose». Questa inversione di tendenza nella giurisprudenza tedesca, che è stata

verifica giudiziario-fattuale in considerazione dell'elevata soglia di inibizione per i delitti di omicidio». Ancora più chiaramente il *Bundesgerichtshof* ha avuto modo di osservare che «in ragione dell'elevata soglia di inibizione dinanzi all'omicidio si deve sempre tenere in considerazione che il reo possa non aver riconosciuto il pericolo di morte [per la vittima] o, in ogni caso, possa aver fatto affidamento che l'evento non si sarebbe verificato»³⁴.

«Soprattutto in caso di condotta realizzata spontaneamente, in modo avventato o in stato di alterazione emotiva (*affektive Erregung*), non si può dedurre dalla consapevolezza circa la possibile verificazione dell'evento e senza tenere in considerazione le caratteristiche risultanti dal fatto e dalla personalità dell'autore, che sussista la componente volitiva del dolo – in modo autonomo accanto a quella conoscitiva»³⁵.

La tipologia di rischio doloso³⁶ per la vita della vittima innescato dalla condotta del reo è certamente un indicatore necessario, ma non è sufficiente per affermare la sussistenza del dolo eventuale. Non basta quindi stabilire se il comportamento del reo, interpretato come se fosse quello di una persona razionale, è espressione di un'accettazione dell'evento³⁷.

accolta con favore da una parte della dottrina che critica da tempo non solo l'orientamento giurisprudenziale dominante che accoglie la teoria della soglia d'inibizione, ma anche (più in generale) la scelta di rimettere l'accertamento del dolo eventuale alla nozione di accettazione dell'evento, quando la componente volitiva potrebbe essere adeguatamente apprezzata attraverso la tipologia del rischio doloso; un parametro che secondo l'Autrice garantisce peraltro maggiore certezza del diritto e prevedibilità negli esiti processuali (I. PUPPE, *Tötungsvorsatz und Affekt-Über die neue Rechtsprechung des BGH zum dolus eventualis in Bezug auf den möglichen Todeserfolg bei offensichtlich lebensgefährlichen Gewalthandlungen*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2014, p. 183 ss.). Tale orientamento non sembra, tuttavia, aver trovato seguito nella giurisprudenza successiva del *Bundesgerichtshof*: BGH, 27 agosto 2013, 2 StR 148/13, in *juris.bundesgerichtshof.de*.

³⁴ BGH, 8 maggio 2008, 3 StR 142/08, cit. «*Angesichts der hohen Hemmschwelle gegenüber einer Tötung ist jedoch immer auch in Betracht zu ziehen, dass der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkennt oder jedenfalls darauf vertraut haben könnte, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten*» (trad.it. a cura dell'A.).

³⁵ BGH, 28 febbraio 2013-4 StR 357/12, cit., p. 539; BGH, 28 gennaio 2010-3 StR 533/09, cit. (trad.it. a cura dell'A.); inoltre v. nota n. 30, per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali in tal senso; sul punto v. anche W. HASSEMER, op. cit., p. 501 e s., il quale inserisce tra gli indicatori del dolo anche l'alterazione derivata dall'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti oppure da stati di alterazione emotiva. Sui problemi applicativi della teoria della soglia d'inibizione ai reati omissivi impropri v. BGH, 7 novembre 1991-4 StR 451/91, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1992, p. 125 s.; sul punto v. I. PUPPE, *Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1992, p. 576 s.

³⁶ Sul punto cfr. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, p. 198 ss. e 295 ss.

³⁷ I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW*, 1991, p. 1, in particolare p. 14. L'Autrice ritiene invece che sia proprio questo l'aspetto decisivo nella prova del dolo eventuale; sul punto v. anche G. JAKOBS, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, in *ZStW*, 2002, p. 584 ss., in particolare p. 596 s. L'A. osserva: «chi, ad esempio, senza che questo fosse calcolato, compromette la propria vita, la propria integrità fisica, il proprio patrimonio, la propria libertà, finendo tra le braccia della polizia nel commettere il reato, dimostra la sua incompetenza e si comporta conseguentemente in modo (forse molto) imprudente rispetto alla realizzazione della fattispecie, ma non in modo indifferente». L'A. aggiunge (nota 44) che questo è uno degli argomenti utilizzati dal *Bundesgerichtshof* nel sostenere la teoria della soglia di inibizione: «quando la

Come è stato osservato, «al centro della più recente giurisprudenza [tedesca] sta l'elemento volitivo, che rappresenta la differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente»³⁸.

Per ritenere provato il dolo eventuale non basta l'oggettiva pericolosità (anche estremamente elevata) dell'azione e la consapevolezza di quest'ultima da parte del reo; non è sufficiente riconoscere la tipicità dolosa del rischio³⁹. A parere del *Bundesgerichtshof*, se si attribuisse una rilevanza decisiva alla obiettiva pericolosità della condotta nell'accertamento del dolo si finirebbe per trasformare un indizio liberamente apprezzabile in una sorta di prova legale che contrasta con il principio di libero convincimento dal giudice⁴⁰.

Perché sussista il dolo eventuale deve essere effettuato un accurato esame di tutte le circostanze fattuali (oggettive e soggettive) del caso concreto, che possono mettere in dubbio l'inferenza del dolo eventuale⁴¹.

Particolare attenzione deve essere data alle caratteristiche personali del reo, alle sue condizioni psichiche ed emotive, ai suoi motivi, al tipo di relazione intrattenuta con la vittima⁴², alla sua personalità, al suo comportamento in situazioni analoghe, alle concrete modalità di esecuzione, nonché al suo comportamento e alle sue affermazioni prima, durante o dopo la commissione del fatto⁴³.

Tra questi fattori, un aspetto di particolare rilievo è rappresentato proprio dalla c.d. teoria della soglia di inibizione (*Hemmschwellentheorie*).

Pur non facendo esplicito riferimento alla psicologia o alla psichiatria forense, il *Bundesgerichtshof*, per fondare tale teoria, sembra fare appello al processo di

realizzazione della fattispecie rappresenta una catastrofe per il reo nel suo attuale stato d'animo, è implausibile supporre il dolo». Ciò non di meno, l'A. ritiene che non basta a escludere il dolo (né diretto, né eventuale) il fatto che il reo si sia successivamente dispiaciuto, prendendo le distanze dalla sua indifferenza: «un'interruzione dell'avvedutezza dovuta all'alterazione emotiva non esclude né il dolo diretto, né il dolo indiretto» (trad.it. a cura dell'A.).

³⁸ J. VOGEL, op. cit., p. 1036.

³⁹ Per una concezione del dolo, che colora già la tipicità del fatto, prima ancora della colpevolezza cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 74 ss.; in tal senso v. anche G. P. DEMURO, *Il dolo*, cit., p. 137 s.

⁴⁰ In tal senso BGH, 16 maggio 2013, 3 StR 45/13, in *juris.bundesgerichtshof.de*, p. 8 della sentenza. Il *Bundesgerichtshof* osserva: «Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Trichter der objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung bei der Prüfung der subjektiven Tatseite von Rechts wegen immer die ausschlaggebende indizielle Bedeutung beizumessen hätte. Darin läge eine vom Einzelfall gelöste Festlegung des Beweiswerts und der Beweisrichtung eines im Zusammenhang mit derartigen Delikten immer wieder auftretenden Umstandes, die einer Beweisregel nahekäme und deshalb dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung widerspräche».

⁴¹ Condivide la necessità espressa dalla giurisprudenza di tenere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto oggettive e soggettive C. ROXIN, *Zur Normativierung*, cit., p. 247; nella letteratura italiana sul punto cfr. P. M. ASTORINA, *Waiting for the miracle? Ragionevolezza e speranza nel caso Thyssen: dal dolo eventuale alla colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1565 ss.; in tal senso anche la giurisprudenza italiana v. per tutte Cass., 1 febbraio 2011, n. 10411, in *Foro it.*, 2011, II, c. 533 ss., in particolare c. 538.

⁴² Nel senso che la mancanza di motivi da parte del reo per uccidere la vittima possa escludere il dolo eventuale cfr. C. ROXIN, *Zur Normativierung*, cit., p. 246.

⁴³ In tal senso cfr. C. ROXIN, *Zur Normativierung*, cit., p. 249.

«assimilazione del tabù dell'omicidio» e allo sviluppo di quell'«istintiva soglia di inibizione rispetto all'omicidio, che è comune a tutto il regno animale»⁴⁴.

Se in termini generali si ritiene che gli aspetti affettivi ed emozionali siano «estranei alla struttura del dolo», e si aggiunge che questi ultimi possono escludere il dolo «solo se ed in quanto abbiano influito sul momento intellettuale della rappresentazione dei fatti»⁴⁵, emerge qui un'ulteriore espansione della rilevanza attribuita alla sfera emotiva nella teoria generale del reato⁴⁶.

Alterazione emotiva, spontaneità, avventatezza e impeto (anche quando agevolati dall'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti) incidono sulla soglia d'inibizione, generando una vera e propria rimozione da parte del reo circa il possibile esito fatale della propria azione⁴⁷. Ciò costituisce, almeno secondo il Bundesgerichtshof, il vero baricentro della prova del dolo d'omicidio.

La costruzione del dolo nella giurisprudenza tedesca risulta, dunque, differenziata per tipi di fattispecie⁴⁸. La teoria della soglia di inibizione mal si adatta a fattispecie incriminatrici nelle quali vengono in rilievo interessi di rango inferiore rispetto alla vita, come ad esempio l'integrità fisica. In relazione, ad esempio, alla fattispecie di lesioni personali la giurisprudenza non fa riferimento alla stessa soglia d'inibizione⁴⁹. Inoltre, quando si trova ad applicare fattispecie incriminatrici poste a tutela di interessi patrimoniali (ad es. truffa e infedeltà patrimoniale), il *Bundesgerichtshof* aderisce ad una concezione che presenta una coloritura molto più

⁴⁴ J. VOGEL, ult. op. cit., p. 1038 s.; critico sul punto K. GEPPERT, *Zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, insbesondere bei Tötungsdelikten*, in *Jura*, 2001, p. 55 ss., 59., che la definisce una finzione priva di corroborazione scientifica.

⁴⁵ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, p. 334 e 338 ss.; in tal senso cfr. Cass., 14 giugno 2001, in *Cass. pen.* 2002, p. 3069, nella quale il Giudice osserva: «mentre i giudici di primo grado hanno ritenuto che il comportamento sessuale dell'imputato (la reiterazione dei rapporti sessuali, ma soprattutto la mancata adozione di misure precauzionali durante gli stessi) risultava indicativo di un atteggiamento tipicamente "doloso" nel senso sopra specificato, non potendosi sostenere l'ipotesi che egli non si fosse rappresentata l'alta probabilità della morte della moglie a causa del contagio, quelli di seconde cure hanno invece ritenuto di poter ravvisare nell'atteggiamento dell'imputato un vero e proprio fenomeno di rimozione e di allontanamento psicologico della eventualità del contagio e della susseguente possibilità di morte della consorte».

⁴⁶ G. AMATO, *Diritto penale e fattore emotivo: spunti di indagine*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 661 ss.

⁴⁷ A tal riguardo, in relazione ai sistemi di *Common Law*, cfr. G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, Third Edition, D.J. BAKER (a cura di), London, 2012, p. 117, il quale rileva che «*the judge would doubtless tell the jury that they are entitled to find that acts done in rage or fear can be found to be purposive, the emotional state overcoming the defendant's inhibitions rather than is awareness*».

⁴⁸ In tema di costruzione separata del dolo per tipi di fattispecie nella giurisprudenza italiana cfr. Cass., Sez. Unite, 26 novembre 2009, n. 12433, imp. Nocera, con nota di M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite scoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2555 ss.; sul punto v. anche D. PULITANÒ, *I confini*, cit., p. 47, il quale sostiene, invece, una «concezione generale e unitaria di dolo».

⁴⁹ In tal senso cfr., ad esempio, BGH, 24 luglio 2003-3 StR 159/03, in *juris.bundesgerichtshof.de*, che riguarda un caso in cui il padre di un neonato di un mese, infastidito dalle continue grida del figlio, aveva scosso così violentemente il figlio da provocare un'emorragia cerebrale e la conseguente morte. La questione problematica riguardava il dolo delle lesioni personali dalle quali era derivata la morte (*Körperverletzung mit Todesfolge-§ 227 StGB*).

normativa del dolo⁵⁰. Ad esempio, in relazione al reato di infedeltà patrimoniale (§ 266 StGB), il *Bundesgerichtshof*, pur richiedendo l'accettazione dell'evento, ritiene che i rigorosi criteri di accertamento del dolo fissati per la fattispecie di omicidio non possano trovare applicazione, in modo stereotipato, in relazione a casi che presentano accadimenti di carattere ambiguo. In queste ipotesi, l'accertamento della componente volitiva dipende dalla qualità del rischio doloso innescato dalla condotta del reo⁵¹.

Vi è, infine, un ultimo aspetto che merita di essere messo in evidenza in questa sede. L'estrema cautela con la quale la giurisprudenza tedesca tratta il problema del dolo eventuale merita particolare attenzione. Anche dinanzi a condotte violente estremamente pericolose per la vita della vittima, il *Bundesgerichtshof* è consapevole dei rischi legati ad un'affrettata conclusione circa la sussistenza del dolo eventuale. Vi è qui la necessità di vagliare con cura tutti gli elementi fattuali che, nel valorizzare la dimensione volitiva, possono metterne in dubbio la sussistenza nel caso concreto. Nel catalogo aperto degli indicatori del dolo trova così spazio una più attenta considerazione delle concrete situazioni umane che sfuggono troppo spesso alle categorie concettuali astratte⁵².

Questa prudenza del *Bundesgerichtshof* nell'affermare il dolo eventuale ha un indubbio vantaggio: prevenire un'espansione incontrollata del dolo eventuale e tenere (implicitamente) in considerazione le severe conseguenze sanzionatorie connesse all'affermazione del dolo⁵³. E ciò tanto più se si pensa al fatto che, in questi casi, «il realizzarsi dell'evento, una volta tenuta la condotta, risulta estraneo alla sfera di controllo dell'agente o, in altre parole, dipende dal caso»⁵⁴.

Per altro verso, questa delimitazione rigorosa, che nella prassi viene data all'ambito di rilevanza del dolo eventuale, è affetta da un'intrinseca debolezza, essendo fondata su indicatori di carattere ambivalente e polisenso⁵⁵. Tra le pieghe degli indicatori del dolo, che dovrebbero consentire al giudice di ricostruire le scelte di valore del reo (in termini di accettazione dell'evento, di decisione contro il bene

⁵⁰ J. VOGEL, op. cit., p. 1039.

⁵¹ In tal senso BGH, 6 aprile 2000-1 StR 280/99, in *juris.bundesgerichtshof.de*.

⁵² O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuretica*, Torino, 2009, p. 130.

⁵³ Cfr. J. VOGEL, sub § 15, cit., p. 1045, il quale osserva che «in particolare si condivide la giurisprudenza, che richiede prudenza dinanzi ad una precipitosa affermazione del dolo d'omicidio, anche perché la pena che viene in rilievo per l'assassinio (*Mord*) in caso di sussistenza del dolo eventuale risulta problematica per ragioni che non possono essere qui approfondite». Ragioni che, in estrema sintesi, sono legate al fatto che la pena comminata dal § 211 StGB è l'ergastolo.

⁵⁴ L. EUSEBI, [Verso la fine del dolo eventuale? \(salvaguardando, in itinere, la formula di Frank\)](#), in questa Rivista, 2014, p. 118 ss.; nonché ID., *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in AA.VV., *Sudi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, p. 963 ss.

⁵⁵ In senso estremamente critico sull'orientamento giurisprudenziale del *Bundesgerichtshof* v. I. PUPPE, *Tötungsversatz und Affekt*, cit., p. 184 s. e 186. L'Autrice ritiene che i criteri utilizzati dal *Bundesgerichtshof* nell'accertamento del dolo, con particolare riguardo alla teoria della soglia di inibizione, siano «indeterminati e poco chiari» (*unbestimmt und unklar*), «gli esiti inconsistenti e imprevedibili» (*inkonsistent und unberechenbar*) e che un accertamento basato sulla complessiva valutazione di tutte le circostanze fattuali del caso concreto conduca a una giurisprudenza affidata alle emozioni (*Gefühlswissenschaft*) (trad.it. a cura dell'A.).

giuridico o di bilanciamento tra interessi), rischiano di inserirsi giudizi di valore del giudice⁵⁶ che evocano il dibattito sulle teorie della pena.

Se la debolezza intrinseca degli indicatori del dolo rischia di rimettere l'accertamento del dolo all'arbitrio del giudice⁵⁷ e di rendere imprevedibili gli esiti processuali, questa debolezza non sembra che possa essere "curata" con regole di valutazione troppo rigide⁵⁸. Così facendo si cercherebbe (ancora una volta) di imbrigliare il giudice in forme più o meno spinte di prove legali.

Per altro verso il tentativo di agganciare il dolo ad un processo di normativizzazione o oggettivazione sembra contrastare anche con la finalità risocializzativa della pena, perché un dolo oggettivizzato prescinde dalle caratteristiche personali del reo nella ricostruzione di ciò che di più personale ed elettivo esiste nella struttura del dolo: la componente volontaristica. Se interpretate in senso favorevole e tenendo sempre presente il rischio (più ipotetico che reale) di cadere nella trappola del diritto penale d'autore, le caratteristiche personali del reo costituiscono l'unico valido punto di riferimento per una risposta punitiva razionale allo scopo risocializzativo⁵⁹.

In tal senso si potrebbe ipotizzare che la giurisprudenza tedesca voglia farsi carico di esigenze di prevenzione speciale, in senso favorevole al reo, in sede di accertamento del dolo e, di conseguenza, anche nella determinazione in concreto della risposta punitiva⁶⁰. La fattispecie di lesioni personali con conseguenze mortali di cui al § 227 StGB consente al giudice non solo di muoversi all'interno di una più ampia cornice edittale, il cui limite minimo è tre anni (anziché cinque in caso di omicidio-§

⁵⁶ H. SCHNEIDER, op. cit., Rn. 52, il quale critica i criteri di accertamento del dolo utilizzati dalla giurisprudenza tedesca.

⁵⁷ L. VON BAR, *Dolus eventualis?*, in *ZStW*, 1898, p. 534 ss., 556, il quale riteneva che il dolo eventuale non fosse altro che «un fantasma nato dagli errori e, dunque, generatore di errori, in grado di screditare la giustizia penale agli occhi della popolazione» (trad.it. a cura dell'A.). «*Der eventuelle Dolus dagegen, wie er in der neuern und besonders der neuesten Doktrin und Praxis sein Wesen treibt, ist nur ein aus Irrtümern hervorgegangenes und darum irreleitendes Phantom, geeignet, die Strafjustiz bei dem Volke in Mißkredit zu bringen*». In tal senso anche I. PUPPE, *Tötungsvoorsatz und Affekt*, cit., p. 186, definisce l'accettazione dell'evento un fantasma.

⁵⁸ I. PUPPE, sub § 15, cit., Rn. 98, la quale ritiene che il catalogo degli indicatori del dolo debba essere chiuso e il peso relativo di ciascuno di essi debba essere predeterminato, per stabilire quale debba prevalere («*Solche Zuschreibungen müssen, um nicht in Willkür und Unberechenbarkeit auszuarten, Regeln unterliegen. Der Katalog der Gründe für die Zuschreibung muss geschlossen und nicht offen sein und das relative Gewicht der einzelnen Gründe untereinander muss bestimmt sein, damit nicht bald dieser, als jener sich gegen die anderen durchsetzt*»).

⁵⁹ Cfr. I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt*, cit., p. 14 ss. suggerisce, invece, di fare a meno di sottili differenze psicologiche, per privilegiare una concezione normativa del dolo. Il tentativo di Puppe di tracciare i confini del dolo attraverso il grado obiettivo del pericolo innescato dalla condotta del reo viene ritenuto «profondamente ingiusto e in contrasto con il principio di rimproverabilità individuale»; così C. PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 357.

⁶⁰ Cfr. G.P. DEMURO, *Il dolo*, cit., p. 126, il quale mette in rilievo che «almeno in via generale e di principio, possono ritenersi plausibili in tema di dolo gli abbinamenti "prevenzione speciale – concezioni psicologiche" e "prevenzione generale – concezioni normative"», perché la finalità specialpreventiva presuppone un'attenzione diretta al singolo reo, mentre la finalità generalpreventiva si rivolge alla collettività e studia e punta a condizionare le reazioni di essa»

212 StGB) e quello massimo è quindici anni (§ 38, comma 2, StGB), ma soprattutto di evitare di ricadere sia tra i casi particolarmente gravi di omicidio (§ 212, c. 2 StGB), sia all'interno della fattispecie di assassinio (Mord-§ 211 StGB), per i quali il legislatore commina la pena dell'ergastolo.

Si potrebbe obiettare che questo orientamento della giurisprudenza tedesca, così prudente e rigoroso nell'accertamento del dolo, finisca poi per riflettersi su altre fattispecie. Si potrebbe cioè avanzare il dubbio che questa cautela dei giudici tedeschi possa risolversi in un allargamento dell'ambito di rilevanza dei reati aggravati dall'evento morte a discapito dell'omicidio colposo, al fine di soddisfare surrettiziamente esigenze di prevenzione generale analoghe a quelle che la giurisprudenza italiana, prima dell'intervento delle Sezioni unite, inseguiva sul piano dell'omicidio doloso.

L'ipotesi meriterebbe di essere vagliata attentamente e approfondita più di quanto non si possa fare in questa sede. Nei limiti di queste note si può svolgere solo qualche breve osservazione per confutare, in prima approssimazione, questo dubbio.

Già alla luce del dato positivo pare che l'obiezione non possa trovare riscontro. Da un lato le lesioni personali con conseguenze mortali (§ 227 StGB) hanno già in astratto un ambito di rilevanza ben più limitato dell'omicidio preterintenzionale in Italia, il quale dà rilievo ad una condotta base ben più ampia, essendo estesa agli atti diretti a commettere percosse e lesioni. Dall'altro lato, le altre ipotesi di reato aggravato dall'evento morte nel sistema tedesco, per quanto numerose, risultano comunque un catalogo chiuso e non sono rimesse ad una clausola aperta come quella di cui all'art. 586 c.p. A ciò si aggiunga, che i reati aggravati dall'evento del codice penale tedesco sono espressamente previsti, almeno sulla carta, come ipotesi di dolo misto a colpa (§ 18 StGB).

Ma vi è di più. In aperto contrasto rispetto alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale, la recente giurisprudenza italiana in tema di omicidio preterintenzionale interpreta la fattispecie in termini di vera e propria responsabilità oggettiva⁶¹, estendendo i confini della fattispecie ben al di là di quelli che anche la più azzardata interpretazione del giudice tedesco potrebbe "escogitare".

⁶¹ In tal senso v. Cass., 27 giugno 2012, n. 35582, in CED 253536, secondo la quale «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale (art. 548 cod. pen.) non è costituito da dolo misto a colpa, ma unicamente dalla volontà di infliggere percosse o provocare lesioni, a condizione che la morte dell'agredito sia causalmente conseguente alla condotta dell'agente, il quale, pertanto, risponde per fatto proprio sia pure per un evento più grave di quello effettivamente voluto che, per esplicita previsione legislativa, aggrava il trattamento sanzionatorio»; in termini parzialmente diversi, ma di fatto contrari a quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale, cfr. Cass., 10 ottobre 2012, n. 791, in CED 254386, secondo la quale «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità di un evento più grave nell'intenzione di risultato. Pertanto, la valutazione relativa alla prevedibilità dell'evento da cui dipende l'esistenza del delitto "de quo" è nella stessa legge, essendo assolutamente probabile che da una azione violenta contro la persona possa derivare la morte della stessa». Più di recente, nello stesso senso, Cass., 8 maggio 2013, n. 27161, in *iusexplorer.it*.

5. Il confronto con la giurisprudenza italiana.

Prima dell'intervento delle Sezioni unite sul caso *Thyssen*, il prevalente indirizzo giurisprudenziale italiano tendeva ad allargare progressivamente l'ambito di applicazione del dolo eventuale non solo a settori dell'ordinamento (circolazione stradale⁶²; incidenti sul lavoro) che appartengono tradizionalmente alla responsabilità

⁶² A quanto consta, vi è un solo caso legato alla circolazione stradale nel quale il *Bundesgerichtshof* ha annullato la sentenza del *Landesgericht* che escludeva il dolo dell'omicidio in forma tentata, imponendo un nuovo giudizio di merito: BGH, 25 marzo 2010, 4 StR 594/09, in *juris.bundesgerichtshof.de*. L'imputato, dopo aver tentato senza successo di riavvicinarsi alla sua compagna, la aggredisce fisicamente. In uno stato di alterazione emotiva dovuto, da un lato, alla ferita narcisistica subita e, dall'altro lato, alla paura delle conseguenze penali dell'aggressione ai danni della compagna, quindi l'imputato si mette alla guida della propria auto. Dopo aver comunicato telefonicamente al padre la propria volontà di farla finita, l'imputato procede ad una velocità 140 km/h nella corsia di destra di una strada statale. Ormai giunto a ridosso di uno sbarramento per lavori stradali, sterza improvvisamente, travolgendo una macchina che si trova su quella corsia. Le tre persone all'interno della macchina non subiscono ferite gravi. Il *Landesgericht* esclude la sussistenza del dolo d'omicidio. Secondo i giudici di merito l'imputato, pur avendo previsto come possibile che le tre persone all'interno dell'altra auto avrebbero potuto rimanere ferite a morte, ha confidato seriamente e non solo in modo vago che l'evento morte non si sarebbe verificato. Secondo il *Bundesgerichtshof*, il *Landesgericht* ha imposto requisiti troppo stringenti per l'accertamento della componente volitiva del dolo. In particolare, il giudice di merito non ha adeguatamente dimostrato che le intenzioni suicidarie dell'imputato potessero al contempo essere compatibili con un serio affidamento del reo sul fatto che l'evento non si sarebbe verificato, nonostante l'estrema pericolosità della sua condotta. In casi più risalenti nei quali il reo in fuga si è scontrato con l'auto contro un posto di blocco organizzato dalla polizia, il *Bundesgerichtshof* ha escluso di regola la sussistenza del dolo eventuale. Facendo appello alla teoria della soglia di inibizione, la Corte suprema tedesca ha ritenuto che il dolo eventuale dovesse essere escluso sulla base di due argomenti fondati su massime di esperienza: a) il poliziotto è in grado di spostarsi per togliersi dalla situazione di pericolo; b) il reo fa seriamente affidamento sul fatto che il poliziotto si sposterà. Sul punto H. SCHNEIDER, sub § 212 StGB, in W. JOECKS, K. MIEBACH (a cura di), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2012, Rn. 15, il quale condivide questa soluzione interpretativa. Sul punto v. anche BGH, 30 maggio 2000, 4 StR 90/00, in *juris.bundesgerichtshof.de*, con la quale il *Bundesgerichtshof* ha confermato la sentenza del giudice di merito che aveva escluso il dolo eventuale in un caso in cui gli imputati avevano travolto con un furgone una persona che, dopo aver subito un furto, si era attaccata alla porta del furgone. In relazione alla circolazione stradale anche chi, nella dottrina tedesca, sostiene una concezione normativa del dolo fortemente legata alla tipologia di rischio doloso innescato dalla condotta del reo, ritiene che "quando tuttavia l'abitudine al rischio (*Risikogewöhnung*) è la conseguenza di un comportamento "inevitabile", come in particolare la legittima partecipazione alla circolazione stradale, allora il suo motivo non appartiene allo spettro della responsabilità del reo e una normativizzazione [del dolo] è esclusa»: così G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1993, p. 277; in tal senso anche B. SCHUNEMANN, *Von philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, in T. WEIGEND, G. KÜPPER (a cura di), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York, 1999, p. 363 ss., 377, il quale ritiene che, in relazione alla circolazione stradale, l'abitudine al rischio (*Risikogewöhnung*) e la messa in pericolo di se stessi (*Selbstgefährdung*) costituiscono ragioni valide per escludere che il reo nutra un atteggiamento interiore ostile rispetto ai beni giuridici (*als Gründe für den Ausschluß der rechtsgüterfeindlicher Gesinnung*).

colposa⁶³, ma anche «a scapito dell'omicidio preterintenzionale»⁶⁴. E ciò in forza di un accertamento del dolo fondato su un unico punto di riferimento: la pericolosità obiettiva della condotta.

La giurisprudenza italiana, in alcuni casi, sembrava addirittura andare oltre l'idea (già di per sé discutibile) in base alla quale il rischio doloso generato dalla condotta rappresenta l'indicatore decisivo in base al quale accertare anche il versante volitivo del dolo: era la stessa rappresentazione dell'evento ad assumere come oggetto la possibile verifica di una generica classe di eventi o, peggio, a trasformarsi nella mera possibilità di conoscere gli elementi di fatto, «trasformando così la prova del dolo nella prova della colpa»⁶⁵. Le «disinvolte dilatazioni giurisprudenziali in tema di dolo eventuale»⁶⁶, da lungo tempo in voga nella prassi italiana, sembrano culturalmente molto vicine alle numerose ipotesi di «c.d. dolo per equivalente» presenti nell'ordinamento⁶⁷. Tali dilatazioni giurisprudenziali del dolo eventuale riguardano non solo le tipologie d'autore (legate più o meno profondamente a «stereotipi sociali»⁶⁸), ma soprattutto si fondano su un accertamento sommario che, nell'essere «inesorabilmente [...] assoggettato al tranello del "senno di poi"»⁶⁹, si fonda troppo spesso su «comode ma fuorvianti [...] valorizzazioni *ex post*»⁷⁰.

Non potendo qui ricostruire compiutamente il dibattito giurisprudenziale italiano⁷¹ sul dolo eventuale, ci si limita a qualche sommaria osservazione.

Sebbene la giurisprudenza italiana prenda le mosse dalle medesime premesse teoriche accolte dai giudici tedeschi⁷² nell'individuare i confini del dolo eventuale, gli

⁶³ Cfr. D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 22 ss., p. 26 s.; M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., p. 8.

⁶⁴ Così F. MANTOVANI, op. cit., p. 327.

⁶⁵ G. MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 430.

⁶⁶ A. ALESSANDRI, sub art. 27, comma 1, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma, 1991, p. 1 ss., p. 87.

⁶⁷ G. P. DEMURO, *Il dolo*, cit., p. 94.

⁶⁸ F.M. IACOVELLO, op. cit., p. 494.

⁶⁹ A. ALESSANDRI, *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, in corso di pubblicazione, p. 41 del dattiloscritto.

⁷⁰ C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1265, ora in ID., *Diritto penale, I, Scritti di parte generale*, Milano, 2003, p. 317; a confermarlo è lo stesso F.M. IACOVELLO, op. cit., p. 508, il quale osserva che «molto spesso il dolo eventuale è un ragionamento *ex post* che viene trapiantato nel fatto».

⁷¹ Per una puntuale ricostruzione della giurisprudenza italiana sul tema si rinvia a A. AIMI, [Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica](#), in *questa Rivista*, 2013, p. 301 ss.; ID., [Dolo eventuale e colpa cosciente: il caso Thyssen al taglio delle Sezioni unite](#), in *questa Rivista*, 14 aprile 2014, p. 14 ss.; F. VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza recente*, in *Il libro dell'anno del diritto 2013 Treccani*, 2013, p. 118 ss. In particolare si veda Cass., 1 febbraio 2011, n. 10411, in *Foro it.*, 2011, II, c. 533 ss., con nota di DI FRESCO. In quest'ultima pronuncia si insiste peraltro sul fatto che «il criterio distintivo [tra dolo eventuale e colpa cosciente deve essere ricercato sul piano della volizione]». Lo stesso piano sul quale viene risolto, sia pure con risultati estremamente differenti, dalla giurisprudenza tedesca

⁷² Per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali tedeschi in tema di dolo eventuale cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 448 s., 451 e 477 s.; in particolare l'A., al quale si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici, mette in rilievo la sostanziale condivisione della medesima concezione teorica da parte di dottrina e giurisprudenza.

esiti sono profondamente diversi: casi analoghi a quelli trattati dal *Bundesgerichtshof* vengono pacificamente qualificati come dolosi⁷³. La gestione processuale delle stesse formule, sia pure dinanzi ad un contesto fattuale del tutto analogo, sfocia in opposte valutazioni.

La Corte di cassazione ha, ad esempio, confermato la condanna di merito per omicidio volontario commesso con dolo diretto in un caso in cui l'imputato aveva ucciso la vittima con coltellate all'inguine e all'addome, «spinto da una fortissima animosità, propria di chi aveva litigato con la vittima fino ad un attimo prima [e] nella soggettiva condizione di perdere il controllo dei freni inibitori» (favorita anche dall'assunzione di sostanze alcoliche)⁷⁴.

In caso di coltellata al collo, la Corte di cassazione ha recentemente affermato che è stato «correttamente ravvisato il *dolo diretto*, valorizzando quali elementi sintomatici della volontà omicidiaria: a) la qualità del mezzo usato (un coltello con unico margine affilato e lama di circa 10 cm); b) la violenza dell'unico colpo vibrato, desunta dalla penetrazione della lama per circa 9-10 cm nel corpo della vittima; c) la breve distanza tra aggressore e vittima nell'occorso; d) la parte vitale del corpo della vittima attinta (il collo); e) la tipologia delle lesioni in concreto provocate (ferita in regione latero-cervicale sinistra, con lesione della vena giugulare)»⁷⁵.

Vi è qui un aspetto ulteriore che merita di essere sottolineato, perché sembra segnare, quanto meno fino al recente intervento delle Sezioni unite (v. *infra* § 6), un punto di radicale divergenza nelle coordinate di accertamento del dolo nei due paesi. Mentre la giurisprudenza italiana afferma che lo stato di alterazione mentale/emotiva tale da affievolire i freni inibitori è un indicatore positivo del dolo (eventuale o diretto)⁷⁶, il *Bundesgerichtshof* nega, invece, la sussistenza del dolo proprio perché lo stato di alterazione mentale/emotiva produce un effetto disinibitivo rispetto al (profondamente radicato) tabù dell'omicidio, generando così una vera e propria rimozione da parte del reo circa la possibile verifica dell'evento (teoria della soglia d'inibizione-*Hemmschwellentheorie*).

Ed in effetti, ravvisare una scelta ponderata da parte del reo che, nel decidere di compiere l'azione, accetta «pienamente il prezzo del verificarsi dell'offesa» è «difficile in stati emotivi e passionali, più consoni alla preterintenzione una volta che si ricostruiscano almeno atti diretti a ledere o percuotere»⁷⁷.

⁷³ Cass., 8 giugno 2007, n. 28175, in Cass. pen. 2008, p. 1916.

⁷⁴ Cfr. F.M. IACOVELLO, op. cit., p. 497, il quale osserva che «in presenza di stereotipi diversi, lo stesso argomento porta a conclusioni opposte».

⁷⁵ Così di recente Cass., 19 novembre 2013-10 gennaio 2014, n. 734, in *Iusexplorer*.

⁷⁶ Cfr., ad esempio, Cass., 4 luglio 2007, n. 35369, CED 237685; [Assise Appello Milano, 1 febbraio 2012, n. 9, imp. Mega](#), in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2014.

⁷⁷ Cfr. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., p. 59. Queste le parole esatte utilizzate dall'Autore: «il soggetto ha quindi chiara consapevolezza del rischio, ma questo non gli viene ascritto a dolo solo perché egli se lo è più o meno perfettamente rappresentato, bensì a condizione che la sua scelta sia stata ponderata (difficile in stati emotivi e passionali, più consoni alla preterintenzione una volta che si ricostruiscano almeno atti diretti a ledere o percuotere) e abbia deciso di compiere l'azione accettando pienamente il prezzo del verificarsi dell'offesa».

Lasciando per un momento da parte il diverso contesto fattuale nel quale si colloca la sentenza della Corte d'assise d'appello di Torino sul caso *Thyssen*⁷⁸, c'è un passaggio chiave della motivazione che, oltre a ripercorrere il quadro teorico sul dolo eventuale, sintetizza bene la diversa valutazione della componente emotiva fatta dalla giurisprudenza italiana rispetto a quella della giurisprudenza tedesca nell'ambito della teoria della soglia d'inibizione in riferimento agli stessi indicatori (positivi o negativi) del dolo:

«Mentre, infatti, nel dolo eventuale occorre che la realizzazione del fatto sia stata "accettata" psicologicamente dal soggetto, nel senso che egli avrebbe agito anche se avesse avuto la certezza del verificarsi del fatto, nella colpa con previsione la rappresentazione come certa del determinarsi del fatto avrebbe trattenuto l'agente. Il concetto si spiega ulteriormente in altre efficaci espressioni di altre sentenze di legittimità descrittive della volizione dell'agente quali "agire anche a costo di determinare l'evento" oppure "accettare di pagare un (eventuale) prezzo pur di poter agire e raggiungere il risultato voluto". Ciò premesso, desumiamo i criteri per affrontare nel merito la questione specifica dal complesso delle sentenze di legittimità. Pressoché tutte le sentenze della Cassazione pronunciate sul punto negli ultimi anni hanno riguardano fattispecie di reati contro l'incolumità fisica o di violazioni di regole di circolazione stradale causatrici di morti. Nel primo gruppo di pronunce l'attenzione del Giudice di legittimità viene appuntata sul valore sintomatico della continuità fra le condotte tenute (atti violenti semmai reiterati diretti contro la persona) e l'evento traumatico della morte: è indubbio infatti che in tali casi al Giudice sarà più agevole effettuare la verifica ipotetica cui è chiamato giacché l'agente ha già dato con la sua condotta la prova materiale di voler attentare all'incolumità della vittima. Nel secondo gruppo ritroviamo condotte di guida che hanno violato regole di comportamento particolarmente significative (attraversamento di incrocio stradale ad alta velocità con il semaforo rosso) accompagnate da condizioni ambientali tali da far presumere la presenza in loco di possibili vittime. Spesso in tali fattispecie concrete ritroviamo che l'agente o agiva in condizioni estreme di fretta e/o in stato di alterazione mentale (da abuso di sostanze psicoattive) ovvero era animato dal fermo obiettivo di allontanarsi da una zona (ad esempio perché inseguito dalle forze di polizia). Queste due ultime connotazioni diventano molto importanti per l'interprete che, nel giudizio ipotetico da effettuare, può ritenere nell'agente rispettivamente affievoliti gli ordinari freni inibitori ovvero tanto prevalente l'obiettivo perseguito da fargli abbandonare qualunque remora morale di poter ledere l'altrui incolumità; in altre parole si coglie in questi casi nelle sentenze di legittimità la raccomandazione di tener conto di una volizione nell'agente cieca o determinata dal costo quel che costi pur di raggiungere l'obiettivo perseguito».

Anche se si sposta l'attenzione su casi nei quali il contesto fattuale è analogo a quello giudicato dal *Bundesgerichtshof*, la Corte di cassazione non dà alcun rilievo al carattere impulsivo e subitaneo della reazione aggressiva in sede di accertamento del dolo (eventuale) d'omicidio:

«in astratto non sussiste incompatibilità logica e giuridica tra dolo d'impeto e dolo eventuale, posto che l'agire in assenza della dovuta ponderazione e sulla spinta emotiva

⁷⁸ Corte di assise di appello di Torino, 28 febbraio – 23 maggio 2013, cit., p. 301 s. della sentenza.

del momento non esclude la lucidità mentale e le facoltà cognitive richieste dalla previsione dell'evento quale conseguenza cagionata dalla propria azione»⁷⁹.

Questa differente valutazione operata dal giudice italiano rispetto a quello tedesco non sembra potersi ricondurre al diverso tessuto normativo italiano né in tema di stati emotivi e passionali, né in riferimento alla finzione di imputabilità relativa all'uso di sostanze alcoliche o stupefacenti.

La scelta preclusiva della giurisprudenza italiana non fa riferimento neppure indirettamente a limiti legislativi che imporrebbero di attribuire questo significato alla componente emotiva, in funzione di indicatore del dolo, su un piano (diverso) qual è appunto l'accertamento dell'elemento psicologico.

Inoltre, come già precisato, la teoria della soglia di inibizione elaborata dalla giurisprudenza tedesca trova spazio proprio in relazione alla delimitazione dei confini del dolo eventuale, ossia laddove la componente emotiva non assume rilevanza sul piano dell'imputabilità. La componente emotiva non assume, in tali ipotesi, rilievo per la valutazione dell'imputabilità, poiché la giurisprudenza tedesca fissa standard elevati per arrivare ad escludere la capacità di colpevolezza, prediligendo così esigenze di prevenzione generale (l'alternativa in questi casi sarebbe, infatti, la non punibilità).

Inoltre, in relazione al secondo aspetto, ossia l'influsso delle sostanze alcoliche e stupefacenti sulla sfera emotiva e sulla soglia d'inibizione, la finzione di imputabilità prevista dall'ordinamento italiano non sembra precludere la possibilità di dare rilievo all'effetto disinibitivo delle sostanze alcoliche e stupefacenti in sede di accertamento del dolo. E ciò tanto più se si considera che, in Germania, dottrina e giurisprudenza prevalenti fanno ricorso ad un'analoga finzione di imputabilità (i.e. *actio libera in causa*), che non fa dipendere la colpevolezza dal comportamento tenuto in stato ebbrezza, bensì dal momento in cui il reo ha assunto le sostanze alcoliche o stupefacenti⁸⁰.

Nello stesso senso, non sembrano esserci limiti preclusivi per il giudice italiano per valutare gli aspetti emotivi come indicatori negativi del dolo al pari di quanto avviene nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*. Ed infatti qualche apertura sul punto sembra proprio provenire recentemente dalle Sezioni unite.

6. La teoria della soglia d'inibizione è stata accolta anche dalle Sezioni unite?

In modo del tutto condivisibile la recente sentenza delle Sezioni unite sul caso *Thyssen* è indubbiamente ispirata da una duplice e convergente finalità: rendere, da un lato, più nitidi i confini del dolo eventuale e restringerne, dall'altro lato, l'ambito applicativo. Una delimitazione che chiude (ci si augura) una stagione giurisprudenziale segnata da una progressiva e incontrollata espansione dei confini del dolo.

⁷⁹ Così di recente Cass., 7 marzo 2013-30 maggio 2013, n. 23517, in CED 256472.

⁸⁰ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 915.

Non essendo possibile analizzare compiutamente i numerosi e complessi aspetti sui quali si sono soffermate le Sezioni unite, ci si limita a mettere in rilievo alcuni passaggi della lunga motivazione che indicano non solo un avvicinamento del perimetro del dolo eventuale individuato dalla Cassazione a quello tracciato dal *Bundesgerichtshof*, ma che soprattutto sembrano suggerire la possibilità che la teoria della soglia d'inibizione possa trovare accoglimento anche nell'ordinamento italiano.

Le Sezioni unite rilevano, innanzitutto, la necessità di «comprendere se l'agente si sia lucidamente raffigurata la realistica prospettiva della possibile verifica dell'evento concreto costituente effetto collaterale della sua condotta». A tal riguardo si osserva che «ciò che è di decisivo rilievo è che si faccia riferimento ad un reale atteggiamento psichico che [...] esprima una scelta razionale» (p. 182 s.).

Se, come osserva la Corte, gli atteggiamenti della sfera emotiva, gli stati d'animo non rilevano in quanto tali, «la sfera emotiva non [è] del tutto estranea al nostro tema». E ciò perché occorre «comprendere le ragioni che hanno determinato la speranza o altro atteggiamento emotivo» (p. 183).

Sulla base di tali premesse, la Corte torna sul tema poche pagine oltre, nell'ambito dell'analisi degli indicatori (positivi e negativi) del dolo. Ed è proprio in relazione ad uno di essi (i.e. la durata e la ripetizione della condotta) che la Cassazione sembra aprire la strada, anche nella giurisprudenza italiana, alla teoria della soglia d'inibizione. Si osserva, infatti, che «un comportamento repentino, impulsivo, accredita l'ipotesi di un'insufficiente ponderazione di certe conseguenze illecite. In generale la bravata e l'atto compiuto d'impulso in stato emotivo alterato indicano un atteggiamento di grave imprudenza piuttosto che la volontaria accettazione della possibilità che si verifichino eventi sinistri» (p.185).

Con specifico riguardo al reato di omicidio, la categoria del dolo eventuale e, più in particolare, i casi di dolo d'impeto sembrano così perdere rilievo sia a favore dell'ambito di rilevanza della variante colposa aggravata dalla previsione dell'evento, sia a favore della preterintenzione.

Non resta, quindi, che aspettare di apprezzare le conseguenze che, in sede di accertamento del dolo d'omicidio, questo rinnovato rilievo attribuito agli atti compiuti d'impulso in stato emotivo alterato sortirà sulla giurisprudenza di merito.