

IL DOLO (EVENTUALE) TRA PSICOLOGIA SCIENTIFICA E PSICOLOGIA DEL SENSO COMUNE^(*)

di Ombretta Di Giovine

Abstract. *Secondo la scienza, gli spazi della volontà cosciente sono molto più ridotti di quanto generalmente si crede. Nel saggio sono conseguentemente illustrate le conseguenze problematiche di un approccio al dolo fondato sulla (reale) ricerca della volontà, sotto il duplice profilo della forte riduzione dell'area del dolo (e della colpa) e del pericolo che le necessarie indagini personologiche travolgano gli argini garantistici del diritto penale del fatto.*

SOMMARIO: 1. Premessa. La tesi del dolo come volontà. – 2. La tesi del dolo *eventuale* come volontà. – 3. L'equivalenza funzionale delle diverse formule sul dolo eventuale. – 4. Retrospettiva di vecchi problemi pratici e anticipazione di nuovi dubbi teorici. – 5. Motivazioni ed agenti razionali nel diritto penale. Esistono anche nella realtà? – 6. Primo assunto: *l'homo juridicus* è razionale. Confutazione. 7. Secondo assunto: *l'homo juridicus* agisce (sempre) con coscienza. Confutazione. – 8. Precisazioni interlocutorie su (cose piccole come) libertà e coscienza. – 9. Psicologia scientifica e forme di dolo. – 10. Breve interludio sulla prova del dolo (quando c'è). – 11. Chiosa volante su psicologia scientifica e colpa. – 12. Alla fine, le cose serie: se volontà cosciente e motivazioni (quasi) non esistono, siamo sicuri che la concezione psicologizzante del dolo si sottrarrebbe alle indagini personologiche? – 13. Riassunto e conclusioni: è meglio cominciare a discuterne.

1. Premessa. La tesi del dolo come volontà.

Oggi è affermazione ricorrente che sia la volontà a esprimere il disvalore del tipo doloso delimitandone gli argini e che sia la volontà a condensare la rimproverabilità del reo; che sia dunque la volontà che i principi penalistici impongono di verificare nella psiche del reo. Nella volontà viene riposta la promessa di garanzia, sul piano sia della determinatezza sia della colpevolezza¹.

Anche il Professor Mauro Ronco ha espresso il suo favore per le concezioni volutaristiche del dolo, e l'ha fatto da par suo: cogliendo nessi e collocando visioni

* Il saggio è destinato agli Scritti in onore del Professor Mauro Ronco.

¹ Seppur con varietà di soluzioni, vd. i "classici" di EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993; PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Milano, 1993. Più di recente, DEMURO, *Il dolo*, I e II, Milano, risp. 2007 e 2010; CERQUETTI, *Il dolo*, Torino, 2010.

penalistiche all'interno di più ampie cornici culturali². In alcuni scritti, ha poi argomentato la sua tesi su un terreno anche a me caro³.

Secondo il Professor Ronco, «le esperienze ottenute attraverso le tecniche contemporanee di *imaging* mettono in luce ciò che il senso comune e la filosofia classica della volontà hanno sempre sostenuto»⁴. Di seguito azzarderò una lettura meno ottimista ma in un certo senso convergente, lanciando qualche provocazione su aspetti non ancora compiutamente emersi nel ricco dibattito penalistico. Più in generale, richiamerò l'attenzione sui rapporti tra diritto penale e scienza.

2. La tesi del dolo *eventuale* come volontà.

Il partito *pro voluntate* si è rinverdito e ha guadagnato nuove adesioni in reazione ad alcune note applicazioni giurisprudenziali che hanno ravvisato il dolo in forma eventuale, in materia d'infortunistica stradale e lavorativa, e cioè in settori tradizionalmente ascritti alla responsabilità colposa perché caratterizzati da attività a base lecita⁵. È stata la necessità di arginare in questi ambiti il dilagare dell'ascrizione dolosa a dare nuovo impulso al dibattito, incrudelendo la lotta alle concezioni rappresentative del dolo, perché *oggettivanti*.

Il bersaglio principale è l'«accettazione del rischio»⁶, incentrata sulla neutra rappresentazione oltretutto di un elemento (il rischio) incolore e annacquato, ma di tanto in tanto qualche strale sibila anche in direzione delle tesi – meno fortunate in giurisprudenza – che assumono un'incolmabile differenza tra attività a base lecita ed attività a base illecita e che vorrebbero quindi disegnare alla colpa e al dolo campi di operatività distinti già sul piano della tipicità: tesi che ricorrerebbero a schemi presuntivi e che quindi – a quanto si dice – non riuscirebbero a emendarsi dell'infamante marchio dell'*in re illicita versari*.

«La normativizzazione del dolo, inducendo alla sottovalutazione dell'integrale correlato ontologico delle forme di imputazione soggettiva, rischia di modificare

² Senza pretesa di completezza, RONCO, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, tomo II, Napoli, 2011, 1175 ss.; ID., *Il versari in re illicita e l'eccesso del mandatario*, in *Studi in onore di A.M. Stile*, Napoli, 2013, 717 ss.; ID., *L'imputazione del torto penale*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, Napoli, 2010, 836 ss.

³ Tra questi, RONCO, *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere: un commiato o una riscoperta?*, che ho avuto l'onore di accogliere in DI GIOVINE, *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013, 57-82. Già, ID., *Sulla «prova» neuroscientifica*, in *Arch. Pen.*, 2011, 3, 855-870. Cenni anche in RONCO, *Riflessioni sulla struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 599-601; ID., *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1964.

⁴ RONCO, *La riscoperta* cit., 1964.

⁵ I limiti di estensione di questo lavoro non consentono di dare atto dell'amplissimo numero di contributi alla materia. Mi limiterò dunque a citare, tra i recenti, quelli più rappresentativi ai limitati fini della mia argomentazione.

⁶ M. GALLO, *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 767 s.

⁷ Peraltro, in magistrale difesa di tale impostazione vd. DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione «separata» dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., tomo II, 883 ss.

surrettiziamente i quadri fondamentali di garanzia che la dommatica penalistica ha costruito nel corso degli ultimi due secoli a protezione della libertà individuale»⁸.

Se la controffensiva consiste nell'estrarre dal dolo (anche) eventuale una componente psicologica *effettiva*, il metro su cui si gioca la competizione tra le varie offerte penalistiche sembrerebbe la maggiore o minore attitudine di ciascuna ad esprimere *al meglio* tale contenuto. In questo clima sono state restaurate e si contendono il campo anche le c.d. formule di Frank.

Tra le voci spese a favore della *prima* è tornata a farsi sentire quella, autorevole, di Luciano Eusebi il quale, come alternativa all'abbandono della figura del dolo eventuale, evidenzia che, essendo tale forma di dolo deputata a funzionare nelle ipotesi in cui il rischio è contenuto, deve presupporre una seria verifica in ordine all'effettivo fondamento psicologico (a differenza che nel dolo diretto, dove il reo si rappresenta l'evento con certezza). Il dolo eventuale si staglierebbe infatti in situazioni tipicamente segnate dalla logica del capro espiatorio, che discrimina lo sventurato il quale veda inverarsi l'evento da chi, realizzata un'identica condotta, per mero caso non lo produca. La prima formula di Frank svolgerebbe dunque in questi casi una necessaria funzione *compensativa*⁹.

Tralascio di chiosare come il Professor Ronco abbia argomentato l'ascrizione di tale impostazione alle concezioni rappresentative (e non volitive) del dolo¹⁰. Noto invece che altri propende per la *seconda*, perché incentrata sull'offesa (piuttosto che sul rischio) e quindi più pregnante dal punto di vista dell'indagine psicologica: indagine che nel dolo eventuale non dovrebbe mai prescindere da un'approfondita analisi delle *motivazioni* dell'agente. E precisa oltretutto come ciò non significhi – *rectius*: non debba significare – indagine sulla personalità del reo. Banalizzata all'estremo, è questa la tesi (invece argomentata con la consueta ricchezza) di Massimo Donini¹¹.

Quel che è certo, ma che preme in questa sede ribadire, è che per il penalista *la volontà presuppone pur sempre la coscienza*: è cioè *volontà cosciente*.

⁸ RONCO, *La riscoperta*, cit., 1966.

⁹ EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass. S.U., 24 aprile 2014 /Thyssenkrupp*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 623 ss.; ID. [Verso la fine del dolo eventuale? \(Salvaguardando, in itinere, la formula di Frank\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 1, 118 ss.; ID., *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 963 ss. *Contra*, propone una nozione più ampia di volontà, comprensiva degli effetti collaterali comunque ponderati, DI BIASE, *Il nuovo volto del dolo eventuale. Tra criterio del bilanciamento e prima formula di Frank*, in *Ind. pen.*, 2015, 419-425.

¹⁰ RONCO, *La riscoperta*, cit., 1956 s.

¹¹ DONINI, [Il dolo eventuale, fatto-illecito e colpevolezza](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 1, in part. 103 s. Richiama tale posizione ASTORINA, *Il dolo del medico: tra tipicità sociale dell'attività medica e "specialità" dell'elemento soggettivo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 187 s.

3. L'equivalenza funzionale delle diverse formule sul dolo eventuale.

Le ragioni teorico-penalistiche che militerebbero a favore del recupero dell'elemento psichico nel dolo sono così condivisibili che non vale la pena di soffermarvici.

Invero, sempre limitando la rassegna al dibattito più recente, molto autorevolmente, Mario Romano ha ribadito come l'accettazione del rischio non sia affatto antivolontaristica come si dice, sempre che si richieda, nel dolo eventuale, che la rappresentazione dell'evento collaterale permanga sino alla realizzazione dello stesso¹². E, ancora al fine di sdrammatizzare le contrapposizioni, Giovannangelo De Francesco ha difeso il momento rappresentativo del dolo evidenziando tra l'altro come questo nel dolo eventuale, a differenza che nella colpa cosciente, debba cadere sull'intera concatenazione causale che conduce all'evento¹³.

A rigore, il primato della psiche non mi pare messo in discussione, da un punto di vista concettuale, nemmeno da quanti evidenziano le difficoltà nell'accertamento dei meccanismi decisionali interni dell'agente e concludono per (o lasciano intendere) l'equivalenza funzionale, sul piano appunto probatorio, tra la prima formula di Frank e l'«accettazione del rischio». In tale spazio si colloca la posizione di Giovanni Fiandaca, che non entra nel merito della bontà concettuale delle differenti ricostruzioni (sebbene – secondo sua abitudine – cerchi di problematizzarne il contenuto), ma ne denuncia le comunque insuperabili difficoltà applicative e l'impossibilità di sottrarle all'uso opportunistico-strumentale della giurisprudenza¹⁴.

4. Retrospettiva di vecchi problemi pratici e anticipazione di nuovi dubbi teorici.

In effetti, sarebbe difficile negare che il dolo penalistico è la categoria in cui si esercita per eccellenza la retorica giudiziaria: dove la necessità di un'indagine psicologica viene tanto più solennemente affermata quanto più sistematicamente elusa¹⁵.

Il problema del dolo eventuale ha infatti storicamente riguardato il suo accertamento: come da più parti rilevato, la novità oggi è rappresentata *soltanto* dalla sua

¹² M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rievocazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 559 ss.

¹³ Effacemente, G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.*, 2015, 4624 ss.; ID., *L'enigma del dolo eventuale*, in BRUNELLI (a cura di), *Il "mistero" del dolo eventuale*, Torino, 2014, 153 ss. Sul suo esempio, D'AURIA, *Fin dove il dolo eventuale? Qualche riflessione, traendo spunto dal "caso Thyssenkrupp"*, in *Leg. Pen.*, 2013, 175 ss.

¹⁴ FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1938 ss., dove conclude per la preferibilità, da un punto di vista pratico, delle concezioni normative; ID., [Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 1, 152 ss.

Un invito alla relativizzazione (ampiamente) argomentato sul piano storico è anche in DEMURO, *Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 308 ss.

¹⁵ Non sarebbe invero nemmeno il caso di scomodare la citazione di BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960.

estensione ad ambiti di attività lecite (un'estensione – per alcuni ed anche per me – tutt'altro che necessitata sul piano logico e molto problematica).

A ben guardare, lo scarto tra le formule in campo si misura anch'esso sul piano della loro efficacia probatoria poiché trascende nella loro maggiore o minore attitudine a ridurre i margini di *naturale presunzione* giurisprudenziale: insomma, nel *quantum* di argomentazione al quale costringono il giudice nell'accertamento del dolo.

In questa sede non mi soffermerò tuttavia sul rischio che, ad onta di tutte le puntualizzazioni – si parli di “accettazione del rischio” oppure di “consenso all'offesa”; si propenda per una o l'altra fase del pensiero di Frank –, la pratica giudiziaria, improntata a netta semplificazione, continuerebbe a non cambiare di molto.

Non paleserò il trito sospetto che il gradiente di garanzie continuerà a dipendere più dalla sensibilità e dalla *cultura delle garanzie* dell'interprete, che dalle capacità definitorie, comunque evanescenti, di qualunque teorizzazione sul dolo eventuale.

Non sottolineerò che, essendo il dolo un concetto intensionale, è irrimediabilmente fluido e manipolabile.

E mi tratterrò dal rilevare – per ora – che alla prova dei fatti potrebbero rivelarsi preferibili, perché più ossequiose quantomeno della (aspirazione alla) certezza, le concezioni fondate sulla diversa costruzione dei tipi di illecito, doloso e colposo.

Se infatti la dimensione processuale del dolo eventuale prevale ed assorbe, nella maggior parte dei casi, quella sostanziale, hai voglia a ribadire che esso consta di un elemento psichico *effettivo*: il punto dolente resterebbe la sua prova e quindi la prova delle motivazioni e/o del percorso decisionale che ha condotto al comportamento criminoso. E se il processo motivazionale del reo non fosse ricostruibile nei termini che crediamo, è appena il caso di osservare che dovremmo rinunciare *in un colpo solo* agli auspici di tassatività e alla valorizzazione della colpevolezza/rimproverabilità.

Fa allora capolino una domanda impertinente: accantonando (per il momento) il problema della prova, esprime la tendenza al recupero della psiche nel dolo un contenuto attendibile dal punto di vista scientifico? In particolare, che cosa ci dice la migliore psicologia sulle nostre motivazioni e sulla possibilità di indagarle negli altri?

Posto che il dibattito sintetizzato nel paragrafo precedente¹⁶ usa la terminologia e sviluppa concetti mutuati dalla pratica linguistica comune, richiamerò l'attenzione sulle possibili obiezioni cui si espone una dottrina penalistica che punti su psiche e motivazioni, già sul piano teorico¹⁷.

Il problema – lo anticipo – nasce dal fatto che la scienza contemporanea riconosce, peraltro in modo dubitativo, alla coscienza e quindi alla volontà (cosciente) una fisionomia diversa e in genere spazi molto più ristretti di quanto facesse la psicologia ottocentesca pre-freudiana ed anche quella freudiana, alla quale continuiamo – nella

¹⁶ Fuori del coro la tesi, radicale, secondo cui il dolo eventuale non esisterebbe, essendo il frutto di un'interpretazione analogica *in malam partem*, come tale inammissibile. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di legalità*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 222 ss.

¹⁷ Per un approccio legato alla psicologia tradizionale, CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 63-146 e, prima, MORSELLI, *Coscienza e volontà nella teoria del dolo*, in *Arch. pen.*, 1966, 406 ss.

migliore delle ipotesi – a fare per lo più implicito riferimento, ma cui viene oggi attribuito, al massimo, il merito di aver insinuato il sospetto che, nel ritenerci sempre mossi da specifiche intenzioni, attuiamo invero un sistematico autoinganno.

Se tenessimo davvero al contenuto psicologico del dolo e a svolgere un'indagine *reale* sulle motivazioni del reo, sarebbe giocoforza prendere in seria considerazione l'ipotesi che le formule giuridiche vadano testate anche con gli strumenti concettuali ed operativi della scienza contemporanea¹⁸. E dovremmo prepararci all'evenienza che questa ci restituisca scomode evidenze controintuitive, difficilmente digeribili dallo stomaco penalistico e forse anche poco compatibili con la sua funzione *semplificatrice*, di strumento compositivo di tensioni sociali. Comunque, dovremmo incoraggiare sul punto un confronto, seguendo l'esempio del Professor Ronco.

5. Motivazioni ed agenti razionali nel diritto penale. Esistono anche nella realtà?

Le ricostruzioni del dolo eventuale riportate per sommi capi presuppongono un modello di agente razionale che non soltanto in situazioni di distensione bensì anche in frangenti di concitazione temporale – quando cioè la “decisione” viene assunta nell'arco di minuti, secondi o meno –, opera deliberazioni, soppesando con un immaginario bilancino le ragioni a favore e quelle contrarie un determinato comportamento.

Riporto le parole particolarmente pertinenti e rappresentative di un giovane studioso che, dopo aver illustrato le ragioni a favore di una concezione volitiva e non meramente rappresentativa del dolo eventuale, afferma:

«La costruzione e l'impiego di [tali] massime d'esperienza [...] presuppone la condivisione di un'ipotesi; vale a dire, che anche di volontà reale si possa ragionare in termini generalizzanti, perché, normalmente, anche le decisioni umane possono essere ricondotte ad una sorta di direttrice di massima, un principio guida comune – che avevamo battezzato “principio di razionalità elementare” –, secondo il quale le scelte di ciascuno sono, in linea di massima, orientate all'ottenimento del massimo risultato sperato, con il minimo sacrificio, certo o potenziale, dei propri interessi. Con ciò intendiamo fare riferimento, naturalmente, non al persistente operare, nell'ambito delle decisioni umane, di una vera e propria razionalità riflessiva – intesa come capacità di trarre inferenze logiche – a cui non tutti, e comunque, non sempre, fanno appello; bensì ad una sorta di razionalità minima, che si identifica con la capacità di valutare, a livello elementare (e magari, erroneamente) il rapporto tra costi e benefici sperati connessi alle proprie condotte, e di orientare, in base a tale rapporto, queste ultime»¹⁹.

¹⁸ Raccoglio l'invito di FIANDACA, *Le Sezioni Unite*, cit., 1951, dove si trovano sintetizzate alcune perplessità che svilupperò nel saggio.

¹⁹ AIMI, [Dolo eventuale e colpa cosciente: il caso Thyssen al vaglio delle Sezioni Unite](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 1, 63 s., il quale enuclea (67) i “suoi” criteri guida per la prova dell'elemento volitivo del dolo eventuale (*sproporzione tra costi e benefici della condotta; rischio di vanificare lo scopo dell'azione; rischio di pregiudicare in maniera rilevante i propri beni giuridici*). Vd. inoltre GENTILE, «*Se io avessi previsto tutto questo ...*». *Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 683-685; 688. R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, 2573 ss.

È vero che le indagini penalistiche sui profili motivazionali postulano una “teoria della mente” nel giudice (oltre che nel reo). Il punto è che tale teoria è ap problematicamente mutuata dalla c.d. psicologia del senso comune o psicologia ingenua. All’interno di tutte le teorizzazioni si muove un agente, l’*Homo Juridicus* che, esattamente come suo cugino *Oeconomicus*, agisce secondo parametri generalizzabili sulla base di chiare e riproducibili scale gerarchiche. Un agente in ogni frangente in grado di riflettere razionalmente sulla direzione da imprimere alle proprie azioni.

Nonostante le sue professioni di realismo e la ricorrente affermazione che il diritto vada costruito su basi empiriche e verificabili, il diritto penale non ha invece considerato l’eventualità che un’indagine sulle motivazioni non sia nemmeno possibile²⁰. Non si è cioè chiesto se l’idea di *Homo juridicus* – pre-teorica e implicita²¹ – corrisponda al vero. Se lo facesse, scoprirebbe che la risposta è negativa, e che questa idea viene oggi bollata come inaccettabile²².

Consideriamo partitamente gli assunti di psicologia ingenua alla base della nostra tradizione dottrinale in tema di dolo e le correlate obiezioni mosse dalla psicologia contemporanea, che ama definirsi «scientifica»²³.

6. Primo assunto: l’*homo juridicus* è razionale. Confutazione.

Un primo aspetto sul quale vale la pena di richiamare l’attenzione del diritto penale, da sempre intento a neutralizzare tale scomoda ma evidente verità, riguarda il ruolo delle emozioni.

Tutti conosciamo la storia dell’art. 90 c.p. e – ritengo – pressoché tutti condividiamo il giudizio sulla sua poca aderenza alla realtà. Sappiamo cioè che la disposizione mirava ad arginare intuibili problemi di politica criminale (e di accertamento giudiziario), ma che per far ciò ha dovuto attuare una finzione, oltretutto tra le più odiose del sistema, posto che uno stato emotivo acuto, peraltro nemmeno necessariamente imputabile a un comportamento pregresso del reo, preclude la pienezza di quella capacità di intendere e di volere che presiede alla formazione di una retta volontà e che dovrebbe quindi correttamente sottendere il giudizio sulla rimproverabilità del reo²⁴. E sappiamo pure che la giurisprudenza, con la sua naturale

²⁰ Per una problematizzazione degli assunti tradizionali vd. peraltro BERTOLINO, [Prove neuro-psicologiche di verità penale](#), in questa Rivista, 8 gennaio 2013.

²¹ Così, LAVAZZA – SAMMICHELI, *Il delitto del cervello*, Torino, 2012, 11.

²² CORBELLINI-SIRGIOVANNI, *Tutta colpa del cervello*, Milano, 2013, 160 ss.; SIRGIOVANNI, *Ostacoli epistemologici e spinte riformiste. Una nuova epistemologia per il diritto alla luce delle neuroscienze cognitive*, in CAPUZZA-PICOZZA (a cura di), *Il diritto fra riflessione e creazione*, Canterano (RM), 2016, 167 ss.

²³ Un quadro, sebbene non aggiornatissimo, della parabola è in STICH, *From Folk Psychology to Cognitive Science*, Cambridge, 1983; trad. it., *Dalla psicologia del senso comune alla scienza cognitiva*, Bologna, 1994.

²⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, P.g., Bologna, 2007, 341. Sul difficile rapporto che il diritto penale ha storicamente avuto con le emozioni, MUSUMECI, *Emozioni, crimine, giustizia*, Milano, 2015.

sensibilità, scavalca nei fatti l'ostacolo legislativo, attraendo nell'area del patologico e quindi dell'infermità di mente, impulsi passionali fortemente devianti²⁵.

Ebbene, ora si scopre, o comunque si dimostra, che il fattore emozionale ha un peso decisivo anche quando si assumono decisioni (considerate) *a freddo*, e cioè in situazioni di pacatezza e rilassatezza temporale. E questa è la prima *novità* con cui toccherebbe fare i conti.

Per esemplificare in modo sintetico che cosa intendo, introduco in ambito penalistico la versione *standard* del celeberrimo *ultimatum game*, che ha costituito per anni oggetto di discussione anche in economia e che, incidentalmente, si avvale oggi del supporto di evidenze ottenute mediante sofisticate neurotecniche.

Vi viene assegnata una certa somma di danaro ma, nel contempo, vi si ammonisce che dovrete cederne una parte ad un altro giocatore. Se questi accetterà, allora entrambi guadagnerete: lui ciò che gli viene offerto; voi quel che resta. Se però lui rifiuta, anche voi perderete l'intera somma.

Se fossimo tutti razionali nel senso classico, l'altro giocatore accetterebbe qualunque cifra, anche bassa: lui sarebbe pur sempre un po' più ricco di prima (meglio poco che niente) e voi guadagnereste il gruzzolo giust'appena intaccato (in effetti, in tal modo agirebbero i due *Homines, Oeconomicus* e *Juridicus*). Ma, dal momento che non è così, la storia ha raramente un lieto fine. In un numero molto elevato di casi si è scoperto che l'altro giocatore – quello cui avete riservato le briciole – si sente offeso dalla vostra offerta e la rifiuta. Capita quindi che a perderci siate entrambi.

L'*Ultimatum Game* ha subito innumerevoli applicazioni nei contesti più disparati che hanno rivelato alcune piccole differenze (è risultato che in condizioni di stress siamo meno inclini ad accettare offerte più basse, che le donne sono più emotive degli uomini e i gemelli monozigoti lo sono più di quelli eterozigoti; è stato dimostrato anche che psicopatici e soggetti con lesioni alla corteccia prefrontale ventromediale reagiscono peggio dei normotipi). Ma, nella sostanza, tutti gli esperimenti hanno confermato che ci comportiamo nel modo prima descritto e che le nostre decisioni sono motivate da impulsi emotivi. E, in ogni esperimento, le ormai immancabili tecniche di *neuroimaging* stavano lì a documentarlo, visualizzando le aree cerebrali che si attivano quando l'altro giocatore riceve l'offerta risibile e si sente per questo *vittima di un'ingiustizia*.

Nelle motivazioni dei protagonisti del gioco dell'*ultimatum*, di razionalità in senso tradizionale ce n'è davvero poca, il che ha reso difficile per l'economista classico fornire una spiegazione del rifiuto e, *mutatis mutandis*, c'è da scommettere che difficoltà non minori produrrebbe anche per il giurista²⁶.

²⁵ L'orientamento fu consacrato nella c.d. sentenza Raso del 2005 (§ 15.1).

²⁶ L'esperimento in questione, dimostrando che la nostra *sensazione* di *giusto* ha una dimensione non razionale in senso classico, evoca importanti questioni giusfilosofiche di fondo, che non è qui possibile nemmeno enunciare.

Occorre però precisare che la scelta del giocatore il quale rifiuta, disgustato (il termine è pertinente²⁷), la somma che reputa irrisoria è *irrazionale* nel senso usuale del termine, ma non in qualsivoglia accezione (non, ad esempio, nell'accezione evolucionistica). Al contrario, è piuttosto diffusa l'ipotesi che tale reazione, disfunzionale nella prospettiva di breve termine, si riveli invece funzionale in quella – evolutiva – di lungo termine, favorendo la cooperazione tra individui e quindi la sopravvivenza della specie. E questo significa che esiste un'*intelligenza* che non coincide con i soli processi di calcolo e di raziocinio, cui ci riferiamo abitualmente.

Le scienze stanno sempre più avallando l'idea che alla base di molti comportamenti (non soltanto estemporanei) ci siano le emozioni o, per meglio dire, quella che volgarmente, con un apparente ossimoro, è definita l'*intelligenza emotiva* che molto incide, tra parentesi, sull'agire pratico dell'individuo e molto influenza quindi le sue *chance* di sottrarsi alla trappola dell'incriminazione penale.

Se è così, va quantomeno chiarito che l'opzione a favore delle presunzioni sulla razionalità classica, ipotizzando modelli ideali, spinge verso valutazioni astratte e quindi verso modelli di dolo normativizzati (tutt'altro che psicologici). E va anche precisato che la dimensione razionale classica, sebbene generalmente poco realistica, lo è in misura differente nei vari ambiti dell'agire (lo è un po' più nel diritto penale economico e dell'impresa²⁸), con la conseguenza che si delinerebbero – sempre in astratto – spazi diversi per il dolo e qualche discriminazione a danno di soggetti meno intellettualmente attrezzati.

Beninteso, con ciò cerco soltanto di evidenziare alcune aporie cui conduce il giudizio tradizionale sulle *motivazioni* del reo; non avallare, in nome del *realismo*, la valutazione delle recondite componenti *subpersonali*, costitutivamente emotive, dei comportamenti umani ai fini del dolo: ipotesi non poco problematica, che produrrebbe risultati difficilmente prevedibili²⁹.

7. Secondo assunto: l'*homo juridicus* agisce (sempre) con coscienza. Confutazione.

La psicologia ingenua assume che l'agente sia (quasi) sempre presente a se stesso e che gli stati intenzionali, quali credenze e desideri, siano causalmente efficaci (secondo generalizzazioni). Ignora cioè il concetto di *inconscio cognitivo*.

²⁷ Una messe di esperimenti ha dimostrato che nei casi di disgusto morale si attivano le medesime aree cerebrali (del sistema limbico) che si attivano quando si prova la sensazione di disgusto fisico. Vd. CHAPMAN, KIM, SUSSKIND, ANDERSON, *In bad taste: Evidence for the oral origins of moral disgust*, in *Science*, 2009 323, 1222–1226. Fondamentale, HAIDT, *The Emotional Dog and its Rational Tail. A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment*, in *Psychological Review*, 2001, 814 ss. Cfr. anche HAUSER, *Moral minds*, 2006; trad. it. *Menti morali*, Milano, 197-201.

²⁸ In tal senso, sebbene in un contesto argomentativo affatto diverso, BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, 2574. Questi temi si trovano ora approfonditi in BORSARI-SAMMICHELI-SARRA, *Homo oeconomicus, Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, Padova, 2015.

²⁹ Evidenza tale problematicità G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale*, cit., 4633 s.

Ammette ovviamente che possano verificarsi situazioni d'incoscienza, ma relega queste ultime nell'area del patologico o comunque a circostanze eccezionali.

In realtà, già Freud aveva inferto un duro colpo a questa visione, affermando il predominio dell'inconscio sul conscio. Tuttavia, il super-io, e cioè la possibilità di dominare il proprio inconscio, toglieva le castagne dal fuoco al penalista³⁰, accreditando le impostazioni tradizionali in materia di dolo e quindi sollevandolo dall'onere di una loro rielaborazione critica.

È però opinione condivisa che sia stata per prima la psicologia sociale ad evidenziare a livello sperimentale lo scarto tra i reali meccanismi motivazionali e la rappresentazione che degli stessi danno gli individui. E, si aggiunge, sempre la psicologia sociale avrebbe confermato, attraverso esperimenti, il ruolo importantissimo dell'inibizione rispetto agli automatismi che guidano i nostri comportamenti e la nostra cognizione³¹.

Poi arrivò la psicologia cognitivista. Gli ormai celeberrimi studi di Tversky e Kahneman, condotti negli anni Settanta del Novecento³² – una sorta di Bibbia in molti domini – dimostrarono come la nostra conoscenza sia sistematicamente distorta da alcuni *biases*, poiché fondata su meccanismi (c.d. euristiche) inconsapevoli, approssimate ma molto veloci (intuitive), che formano il «sistema 1» di conoscenza, contrapposto al «sistema 2», invece cosciente, razionale, più affidabile, ma anche dispendioso. E per questo anche lento e «pigro» ... oltre che *un tantinello* presuntuoso, visto che crede erroneamente di governare la vita degli individui.

La psicologia cognitivista, assunta a “braccio scientifico” della psicologia, ha adottato un «concetto di mente come processo di costruzione e di trasformazione di rappresentazioni, dove per rappresentazione si deve intendere una struttura di informazioni individuata dal ruolo causale-funzionale che svolge nel comportamento. Tra le condizioni cui uno stato deve rispondere per potersi qualificare come rappresentazionale non figurano considerazioni riguardanti la coscienza»³³.

Giovanni Jervis, prendendo spunto dalle riflessioni della più famosa allieva di Wittgenstein³⁴, poteva quindi fondatamente affermare, nel 1993, che «siamo da sempre immersi in un sistema di copioni di ruolo e schemi comportamentali che cominciamo ad

³⁰ Vd. MORSELLI, *Coscienza*, cit., pur con le implicazioni che notoriamente la sua impostazione comportava e che, come dirò, si riproporranno amplificate.

³¹ In Italia, ARCURI – CASTELLI, *La cognizione sociale. Strutture e processi di rappresentazione*, Bari-Roma, 2000, 164 ss.

³² ... oggi brillantemente compendiati in KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, 2012. Proprio dalle ricerche di questi autori prese le mosse la critica all' *homo oeconomicus* ad opera in particolare di Richard Thaler, e quindi la spiegazione del perché siano fallite teorie economiche che hanno condizionato per tanti anni la nostra vita anche sociale (con gli effetti che stiamo vivendo). Ormai da qualche tempo, negli Stati Uniti ne sono proposte applicazioni al diritto: basti pensare alla produzione del noto costituzionalista Cass SUNSTEIN.

³³ MARRAFFA, *Introduzione a JERVIS, Il mito dell'interiorità. Tra psicologia e filosofia* (a cura di Corbellini-Marraffa), Torino, 2011, XXIII.

³⁴ ANSCOMBE, *Intention*, Cambridge-Londra, 1957.

articolare alla nascita e che modifichiamo a seconda delle circostanze»³⁵, e desumerne – in un modo tranciante (?) – che non esiste alcun mondo interiore, ma solo un repertorio di elementi culturali da cui attingiamo, *ex post*, per fornire spiegazioni accettabili per i nostri comportamenti: sostenere che intendessimo compiere proprio una data azione avrebbe – secondo il noto psicologo – il senso di una mera giustificazione, quando non di una confabulazione³⁶. Tale autore argomentava – si tratta di un punto importante – che è molto difficile, per non dire illusorio, distinguere i motivi (esplicativi), forniti *ex post* dal soggetto, in virtù di un processo di razionalizzazione postuma, dalle motivazioni reali che, nel momento dato, l’hanno indotto ad agire e che spesso restano al di sotto della sfera di consapevolezza: soprattutto nelle situazioni un cui la decisione viene assunta nell’arco di secondi o anche meno oppure in uno stato di concitazione emotivo³⁷.

Secondo la psicologia cognitivista, dunque, la coscienza, intesa oltretutto in un senso diverso da quello comune, sarebbe molto meno facilmente attingibile di quel che si ritiene³⁸.

Simili affermazioni, che potrebbero avere per l’uomo comune un sapore fantascientifico o quantomeno di iperbole, vantano invero anche *ante litteram* innumerevoli conferme sul piano sperimentale, a partire dal celeberrimo esperimento con cui nel 1983 Benjamin Libet dimostrò come la coscienza del compimento di un atto semplice (nel caso di specie, premere un bottone) insorga (qualche frazione di secondo) dopo la realizzazione dell’atto stesso³⁹. Esperimento discusso, citato e riprodotto con tante varianti da essere ormai acquisito al patrimonio di conoscenze comuni.

Sicché qualcuno ha addirittura qualificato la propensione ad ascrivere agli altri intenzioni – rilevabile nell’uomo sin dai suoi primi mesi di vita – una «tendenza paranoide primaria»⁴⁰.

Su queste basi si cerca di sviluppare una nuova teoria della coscienza (sono appunto tentativi), specificando che si tratta di un fenomeno avanzato o derivato e non già del fondamento dell’intenzionalità e della mentalizzazione in genere (come ritenuto dalla psicologia pre-freudiana e come ancora generalmente crediamo)⁴¹. Ed è su queste basi, le quali introducono all’«edificazione di un’autentica teoria dell’inconscio»⁴², che si è affermato che «l’odierna scienza della psiche è più freudiana di Freud»⁴³.

Contrariamente all’idea comune ed intuitiva, le nostre singole azioni presupporrebbero dunque soltanto il buon funzionamento (*nella norma*) di schemi attitudinali, cablati nel corso dei millenni a livello di filogenesi. Obiettivi e motivazioni

³⁵ JERVIS, *Fondamenti di Psicologia dinamica. Un’introduzione allo studio della vita quotidiana*, Milano, 1993, 257. Ora, HAIDT, *The Emotional Dog*, cit.

³⁶ Questi concetti si trovano oggi compiutamente svolti in G. JERVIS, *Il mito dell’interiorità*, cit.

³⁷ La letteratura sul punto è sterminata. Rinvio ancora a JERVIS, *Il mito dell’interiorità*, cit., in part., 30.

³⁸ MARRAFFA, *Introduzione*, cit., XL.

³⁹ LIBET, *Mind time. The Temporal Factor in Consciousness*, 2004; trad. it. *Mind Time. Il fattore temporale nella coscienza*, Milano, 2007.

⁴⁰ MARRAFFA, *Introduzione*, cit., XLI.

⁴¹ MARRAFFA, *Introduzione*, cit., XXIV, citando Dennett.

⁴² MARRAFFA, *Introduzione*, cit., XXIII.

⁴³ MARRAFFA, *Introduzione*, cit., XX.

sorgerebbero in modo inconscio, in virtù di un meccanismo innato perfezionato dall'evoluzione, che continuerebbe a elaborare incessantemente e inconsciamente le informazioni rilevanti, imprimendo alle aree esecutive del cervello *inputs* su come agire di fronte alle sfide e alle opportunità presentate dall'ambiente⁴⁴.

8. Precisazioni interlocutorie su (cose piccole come) libertà e coscienza.

A scanso di equivoci, lo stato della scienza non ci costringe a concludere – come pure è stato fatto, a mio avviso, con eccessiva facilità in ambito extra-giuridico⁴⁵ – che siamo *sempre* “agiti” in un modo deterministico e che libertà e coscienza siano soltanto costruzioni illusorie della nostra mente, con la conseguenza di assimilarci in tutto a macchine appena un po' sofisticate.

Automatica è la massima parte dei nostri comportamenti in termini statistici, ma la letteratura scientifica, anche quando non lo dice, sembra riferirsi a piccoli gesti quotidiani o comunque non significativi sul piano delle conseguenze: non a scelte assiologicamente pregnanti e talvolta dispiegate nel tempo, quali possono essere iscriversi a un percorso universitario, sposarsi ... o (in alcuni casi; vd. *infra*) commettere un reato. Al contrario, teorizza un'educazione complessa e costante alla formazione della personalità – intesa come risultante di tratti biologici e stimoli ambientali – di cui farebbe parte il (quantomeno) parziale trasferimento del controllo cosciente a un server non cosciente: spazio nel quale ben può trovare collocazione un concetto costitutivo di libertà, sebbene condizionata (né manca chi *expressis verbis* afferma che la libertà esiste e che si evolve, a livello di ontogenesi ed anche di filogenesi)⁴⁶.

Più ai nostri fini, in tale spazio potrebbe trovare spazio anche la volontà, *purché sia chiaro che, per la scienza contemporanea, questa si esercita di solito a un livello non cosciente.*

La conclusione secondo cui libertà e coscienza sarebbero scomparse dal repertorio concettuale della scienza è quindi forse eccessiva. Semplicemente, le neuroscienze ce ne regalano nozioni “umane” (naturalistiche, biologiche), purificate da visioni – abbiano esse matrice religiosa e/o filosofica – trascendentali e sotto questo profilo coerenti con la natura sedicente laica del diritto penale. I problemi, come si sarà intuito, sono altri; derivano dal diverso referente concettuale di libertà e coscienza (non più il fatto, ma la persona), e saranno discussi verso la fine di questo scritto.

⁴⁴ Per esempio, CUSTERS – AARTS, *The Unconscious Will: How the Pursuit of Goals Operates outside of Conscious Awareness*, in *Science*, 2010, 329, 47-50.

⁴⁵ Per tutti, GREENE-COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*. *The Royal Society*, 2004, 1775-1785.

⁴⁶ *Amplius*, DI GIOVINE, *Neuroscienze (diritto penale)*, *Enc. Dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, 717-721. Sul versante filosofico, DE CARO – MARRAFFA, *Mente e morale*, Roma, 2016, 22.

9. Psicologia scientifica e forme di dolo.

Riprendendo (le fila del discorso e) l'affermazione iniziale, i risicati margini concessi dalla psicologia scientifica alla coscienza conducono ad un netto ridimensionamento di quello che noi riteniamo usualmente, sulla base della nostra esperienza (che, come avvertito, la scienza non esita a definire "illusoria") l'ambito del dolo penalistico.

In particolare, mi sembra che le attuali conoscenze scientifiche consentano di dare ragione tutt'al più delle forme di premeditazione e in genere delle ipotesi in cui i processi decisionali possano svolgersi, per le caratteristiche del fatto, in condizioni di rilassatezza temporale⁴⁷. Nei casi, cioè, in cui si può attivare un processo deliberativo graduale, che si dispiega in un lasso piuttosto esteso e che coinvolge funzioni cognitive razionali.

Già però nella sua descrizione più pacifica e indiscussa, che coincide con la forma intenzionale, il dolo risulta un concetto scientificamente maldefinito (anche se, credo, *ri-definibile*), nella misura in cui presupponga l'idea di coscienza come stato cognitivo continuativo e introspettivo della mente: stato che, molto semplicemente, non esiste.

Le perplessità aumentano nel caso di dolo diretto, almeno quando i segmenti del fatto si susseguano con cadenze temporalmente stringenti, essendo molto dubbio che si possa parlare di coscienza e di volontà (consapevole) a proposito di comportamenti tenuti in un arco temporale ristretto, come ad esempio, nel c.d. dolo d'impeto.

Crescono ulteriormente in rapporto al dolo eventuale, soprattutto se riferito a condotte che non presuppongano la riflessione pacata e preventiva su conseguenze importanti dal punto di vista valoriale. Qui, infatti, secondo la citata dottrina, l'accertamento del dolo dovrebbe essere affidato alla delicata indagine su motivazioni, ma queste – come si è detto – molto raramente saranno tali, risolvendosi piuttosto solitamente in *confabulazioni* (giustificazioni postume di scelte compiute sulla base di automatismi)⁴⁸.

In conclusione sul punto, le acquisizioni della psicologia cognitivista, oggi ampiamente comprovate dagli studi di *imaging*, dimostrano che le massime usate nel diritto penale per indagare il dolo, poiché mutate in modo aproblematico dalla psicologia ingenua, non sono inattaccabili com'è parso per tanto tempo. Più a fondo, mettono in dubbio che il *foro interno* sia così ricco di coscienza, di volontà (consapevole) e di motivazioni, come abbiamo lungamente pensato.

Se le ragioni che ci spingono a realizzare determinate azioni od omissioni raramente costituiscono espressione della volontà nel senso comune del termine, puntare tutto su tali elementi rischia di comportare una drastica riduzione del dolo (non soltanto) eventuale.

⁴⁷ Sulla premeditazione, vd. ora F. MAZZA, *La premeditazione del delitto tra dogmatica giuridica e neurotecnoscienze*, Padova, 2016.

⁴⁸ A ciò si aggiunga che, come vedremo, dal punto di vista psicologico dolo e colpa sono ancora più vicini di quanto si pensi.

10. Breve interludio sulla prova del dolo (quando c'è).

Anche poi nelle rarissime ipotesi in cui le motivazioni siano tali perché assurde allo stato di coscienza, ove la preoccupazione sia davvero quella di svolgere l'indagine più pregnante possibile, coerenza vorrebbe che il penalista sostanziale, come ha fatto lo studioso qui festeggiato, allarghi il campo della sua indagine e s'interessi del piano probatorio, mostrando curiosità per i saperi extra-penalistici che promettono – non è ancora chiaro quanto fondatamente – indagini ripetibili e falsificabili (anche) su questo aspetto.

Non si può ignorare che chi ci osserva dall'esterno, a torto o a ragione, revoca in dubbio l'attendibilità delle massime esperienziali ricorrenti nell'accertamento del dolo e fondate sulla psicologia del senso comune. Ad esempio, si mostra sorpreso di fronte alla ritenuta possibilità di desumere il dolo del tentativo dalla circostanza che il reo abbia sparato colpi in direzione di organi vitali⁴⁹. E sottolinea la minore affidabilità di questo genere di massime rispetto a *test* condotti con metodi invece riproducibili e falsificabili, *evidenziando oltretutto come le aggiornate metodiche di indagine consentano una più seria verifica sulla variabilità individuale*: un profilo – chioso – piuttosto interessante per chi abbia seriamente a cuore la personalizzazione della responsabilità penale (e il contrasto a concezioni normativizzanti e oggettivanti del dolo).

La mia opinione è che le neuro-tecniche siano sufficientemente mature per affiancare, supportandole con evidenze riproducibili e falsificabili, le spesso fumose e congetturali ipotesi che nel processo penetrano attraverso la psicologia e la psichiatria forensi, quando si tratti di diagnosticare patologie o disturbi della personalità nel giudizio sull'imputabilità⁵⁰.

Nonostante gli esperimenti svolti e le ipotesi avanzate in tale direzione, non so invece se si possa già oggi confidare nelle indagini neuroscientifiche per ricostruire l'elemento soggettivo, tanto più che, come spero di aver dimostrato, allo stato non è nemmeno chiaro quale dovrebbe essere l'oggetto del giudizio. D'altronde, l'opinione dominante in ambito scientifico è che il *neuro-imaging*, sebbene in fase di straordinario sviluppo, possa concorrere alla formulazione di ipotesi relative alle funzioni *primarie* della coscienza ma che per molto tempo ancora poco potrà fare per la decodificazione di meccanismi più complessi, come quelli (quali essi siano) presupposti dalle costruzioni giuridiche.

Salve perplessità più sostanziali (vd. *infra*), chiedo allora in modo incidentale e provocatorio: se l'indagine sulla coscienza e (quindi sulla volontà e) sulle motivazioni è esperibile in un numero di casi infinitamente basso e, pur quando possibile, resta controversa o comunque impegnativa, vale la pena di operare tanti *distinguo* in materia

⁴⁹ SARTORI-LAVAZZA, [Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 2, 280; 285.

⁵⁰ Tende ad accreditarsi l'opinione secondo cui le neuro-indagini sempre più consentiranno di distinguere una condotta sotto controllo, anche a livelli non presenti alla coscienza, da una condotta priva di controllo, ovvero originatasi da processi di tipo patologico. SUHLER – P. CHURCHLAND, *Control: conscious and otherwise*, in *Trends Cong. Sci.*, 2009 Aug; 13(8), 341-347.

di dolo eventuale? Non meriterebbero forse maggior credito le concezioni che argomentano dalla costruzione separata dei tipi? In fondo, tali impostazioni suggeriscono quantomeno un utile appiglio al giudice in prima battuta (salvo cioè la considerazione di altri elementi, primo dei quali il grado di probabilità dell'evento⁵¹) nella sua impervia indagine sull'elemento soggettivo. Se – come abbiamo detto – volontà e motivazioni sono destinate a restare per lo più inaccessibili al reo stesso e quindi al giudice, non varrebbe la pena di riabilitare impostazioni che ammettono di essere *oggettivanti* (che dichiaratamente argomentano dalle note del fatto)?

Tali concezioni si baseranno pure (in parte) su presunzioni, ma abbiamo visto che a questa trappola non sfuggono nemmeno le loro antagoniste ... con la non lieve aggravante che queste vantano pretese di attendibilità ormai contraddette dalla scienza⁵².

11. Chiosa volante su psicologia scientifica e colpa.

Ho cercato di argomentare come, già da qualche tempo, e comunque da prima dell'*exploit* neuroscientifico (che ha semplicemente addotto evidenze a sostegno di ipotesi preesistenti), il penalista aveva motivo di sospettare che stava sopravvalutando i concetti di intenzione, coscienza, motivazioni, e conseguentemente l'importanza che rivestono nella classica scala del giudizio di rimproverabilità nonché la possibilità del loro accertamento.

Per completezza aggiungo – soltanto un *flash* – che stava sottostimando il contenuto psicologico della colpa, visto che l'ambito di ciò che la scienza ritiene psicologico non coincide più con i concetti di intenzione e di volontà cosciente ma si è allargato all'inconscio e cioè a qualcosa che potrebbe aver a che fare con quella categoria penalistica.

In quest'ottica si legga lo *stupore* di chi, cercando di – e chiamato talvolta (in veste professionale) a – interloquire con il diritto penale – s'imbatte nelle nostre affermazioni sulla natura normativa della colpa. E replica che, almeno a partire da Freud, è difficile negare che la colpa abbia un contenuto psicologico, consistente nel mancato compimento

⁵¹ Trattandosi di elementi tutti dichiaratamente oggettivi, la mia prospettiva diverge dall'approccio "misto" di Canestrari. Da ultimo, CANESTRARI, *Dolus eventualis in re licita: limiti e prospettive*, in BRUNELLI (a cura di), *Il mistero del dolo eventuale. Scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012*, Torino, 2014, 1 ss., che lo stesso Autore definisce anche "oggettivo/soggettivo".

⁵² Alla nota obiezione che, in questo modo, si avallerebbe un diritto penale dell'autore, risponderò evidenziando come questo rischio è anche maggiore proseguendo sulla strada delle concezioni volontaristiche. Quanto all'altra ricorrente osservazione, secondo cui esistono ambiti di contesto lecito di base in cui la condotta è inosservante (per esempio, DONINI, *Dolo eventuale e Formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, 2576 s.; BARTOLI, *Luci ed ombre*, cit., 2576 s.), è possibile replicare che la valutazione di un contesto come *di base* lecito va condotta in chiave sostanziale e non formale e che quindi può ben accadere che una certa attività continui ad essere lecita anche se in violazione di cautele e che, per contro, attività solitamente lecite cessi di essere tale se svolta con modalità fortemente distoniche e in situazioni particolari.

di un atto psichico, vale a dire nell'omessa attivazione di un aumento dello stato attentivo. Aggiungendo che oggi è possibile *misurare* le capacità di reazione del *concreto* soggetto agente⁵³ in chiave ottemperante e promettendo quindi una prevedibilità davvero individuale: la *vera* colpevolezza colposa.

In astratto, quindi, avvicinare il diritto penale alle acquisizioni della psicologia avrebbe il merito non soltanto di "attualizzarlo", ma di recuperare anche nella colpa la dimensione autenticamente personalistica dell'elemento soggettivo, incarnando, in tal senso, l'anima più garantista del diritto penale.

Rinvio nuovamente al seguito per l'analisi di alcune sgradevoli conseguenze teoriche, e qui preciso che, pure in questo caso, dovremmo accettare il contraccolpo politico-criminale di una simile operazione, vale a dire una drastica amputazione dell'area del penalmente rilevante nei settori a più alto tasso di pericolosità occulta.

Senza giungere ad affermare che la (seria) soggettivizzazione/psicologizzazione del giudizio sulla colpa porterebbe al *tout comprendre, tout pardonner*⁵⁴, è chiaro che, se in alcuni ambiti della responsabilità (tradizionalmente ritenuta) colposa il contenuto psicologico della colpa potrebbe essere ravvisato in molti casi concreti; altrettanto non accadrebbe altrove, proprio per le caratteristiche del tipo di attività. Così, l'atto psicologico con cui l'individuo attiva la sua attenzione è spesso ipotizzabile nella circolazione stradale e in talune situazioni attinenti alla sicurezza del lavoro, ma non in relazione ad attività che causano le più insidiose e socialmente rilevanti malattie professionali, quando una notevole distanza fisica e soprattutto temporale separi la condotta del datore di lavoro dalla produzione dell'evento. In questi casi, solitamente il rimprovero non sarebbe ancorabile ad alcuna "prevedibilità", ad alcuna "riconoscibilità di rischio tangibile"⁵⁵: ciò che entra in gioco non è la mancata attivazione di uno "stato attentivo", ma il *solito* mancato rispetto di cautele doverose.

Non è questa la sede per discutere dello stato di salute e delle possibili sorti della colpa⁵⁶. Ho soltanto accennato alle possibili ricadute applicative, sul piano politico-criminale, di una sua seria *psicologizzazione*. E ora cedo alla tentazione di precisare che potremmo difendere il momento volitivo del dolo soltanto (abbandonando la visione comune e penalistica, vale a dire) ritenendo che la volontà si espliciti per lo più a livelli

⁵³ SARTORI-LAVAZZA, *Accertamenti tecnici*, cit., 283 ss.

⁵⁴ Cristallino FLETCHER, *Basic concepts of criminal law*, 1998, trad. it., *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, 190 ss., che, nel propendere per il criterio oggettivo dell'uomo ragionevole, esplicitamente ammette che dovrebbe quindi prendersi in considerazione, ai fini dell'esclusione della colpa, una lesione cerebrale, ma non «tratti della personalità come la scarsa sensibilità emotiva, l'avidità, lo spirito di avventura o addirittura il senso morale». Dimostra perché la colpa non sarebbe comunque emendabile da un contenuto normativo CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 462 ss.

⁵⁵ DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen, 2001, 271 ss.

⁵⁶ È d'altronde noto che la natura normativa della colpa è un'arma a doppio taglio. Sottrae il giudizio sulla colpa all'evanescenza dei giudizi sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento e rappresenta quindi il mezzo per una gestione più certa e controllabile del precetto colposo (per tutti, GIUNTA, a partire da *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993); tuttavia rischia di accentuare a tal punto la dimensione oggettiva del reato da disattendere infine l'obiettivo di garanzia che ne aveva ispirato la nascita, legittimando proposte sistematiche radicali (come quella di DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanze e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 124 ss.).

subcoscienti. Ma allora dovremmo rinvenire la volontà, seppur in gradazione diversa, anche nella colpa: con conseguente abbattimento del classico distinguo strutturale tra i due⁵⁷.

12. Alla fine, le cose serie: se volontà cosciente e motivazioni (quasi) non esistono, siamo sicuri che la concezione psicologizzante del dolo si sottrarrebbe alle indagini personologiche?

Vengo così al dunque, affrontando un aspetto già lambito in diversi punti e sempre rinviato per la sua delicatezza.

Altrove notavo come la nozione neuroscientifica di libertà evochi più la dottrina teologica dell'*actio libera in causa* che l'ideal-tipo penalistico⁵⁸: il primo concetto di libertà cade sul processo di formazione della personalità individuale ed implica una indagine sulla condotta di vita anteatta del reo; il secondo mirerebbe ad esaurirsi nello specifico e circoscritto *fatto* oggetto di indagine.

I rischi che l'importazione della prospettiva scientifica in ambito giuridico implica in termini di ritorno al diritto d'autore sono stati lucidamente messi a fuoco dal Professor Ronco⁵⁹. Li condivido, e sospetto che il sostanziale disinteresse della letteratura penalistica verso i nuovi saperi – che hanno invece affascinato gli studiosi di altre branche giuridiche – dipenda proprio dalla loro percezione, per ovvie ragioni più viva nel penalista che in altro specialista del diritto.

Come sappiamo, è stato proprio l'obiettivo di esorcizzare un diritto penale d'autore a consigliare al legislatore del codice di procedura penale – in tempi ancora abbastanza recenti – di inserire il divieto di perizia sulla personalità del reo (220 c.p.p.). Ed è sempre tale obiettivo ad ispirare il ricorrente monito dottrinale di delimitare il giudizio sulla imputabilità, come anche sull'elemento soggettivo, nei ristretti materiali e temporali del *fatto*. Ora le neuroscienze, al di là di alcune diverse affermazioni, sembrano dimostrare che ciò non è possibile.

Tuttavia, accertamento dell'imputabilità e accertamento dell'elemento soggettivo non sono equiparabili.

Sul primo versante, psicologi e psichiatri forensi (soprattutto ma non soltanto dopo la sentenza Raso e l'allargamento della non imputabilità alle mere anomalie) hanno sempre obiettato che è impossibile circoscrivere il giudizio al momento storico del "fatto". Nella realtà del processo, dunque, le indagini sulla personalità del reo sono entrate da tempo, sebbene per il tramite di tecniche non accreditate, tantomeno

⁵⁷ Invero, a voler essere *scientificamente* coerenti, l'unica soluzione plausibile per i sostenitori del "dolo come volontà" sarebbe ritenere che ci sia dolo nei rarissimi casi di volontà cosciente e colpa quando la volontà è incosciente. Come evidente, tuttavia, questa soluzione, oltre a contrastare con la nostra tradizione giuridica, ridefinirebbe l'ambito operativo della colpa come indicato nel testo e comporterebbe altresì la negazione concettuale della colpa cosciente che pure trova riferimenti testuali nel codice penale.

⁵⁸ DI GIOVINE, *Neuroscienze*, cit., 271.

⁵⁹ RONCO, *Sviluppi*, cit., 80 ss.

falsificabili e quindi controllabili. In una prospettiva realistica, non mi sembra quindi azzardato auspicare un ingresso *guidato* (da una coraggiosa presa di posizione legislativa sul tema delle consulenze) delle neuroscienze e delle indagini genetiche nel processo penale, che potrebbe assicurare in linea teorica maggiori oggettività e verificabilità delle aborrite indagini personologiche. Sul piano della colpevolezza-imputabilità le preoccupazioni destinate dal mutamento dell'oggetto del giudizio (che si sposta dal fatto alla persona) sono dunque per così dire *oscurate* dalla constatazione pragmatica che un certo tipo d'indagine viene già svolta, almeno nei processi più importanti, e che le relative tecniche si trovano ad uno stadio di elaborazione abbastanza avanzato o comunque promettente.

Il discorso cambia e si fa ancora più delicato con riferimento alla colpevolezza/elemento soggettivo. Anche qui ci si imbatte nella difficoltà, se non nell'impossibilità, di svolgere una *reale* indagine sulla psiche e sulle motivazioni che animavano l'agente al momento della condotta. Anche qui, il rischio è che, al di là dei contrari auspici, il giudizio si concentri su come l'imputato ha contribuito a costruire la sua personalità. Ma questa eventualità non è finora mai stata prospettata, oltre che teoricamente, nemmeno nella prassi e oltretutto, per fronteggiarla, la scienza forense non è ad oggi adeguatamente attrezzata. Insomma, volendo perseguire con coerenza la strada della psicologizzazione dell'elemento soggettivo (non solo si quasi azzererebbe l'area del penalmente rilevante, ma) si metterebbe a rischio proprio l'obiettivo di garanzia da cui si muoveva.

13. Riassunto e conclusioni: è meglio cominciare a discuterne.

Le principali costruzioni del dolo eventuale (e il diritto stesso) si basano sull'idea dell'agente quale soggetto autoriflessivo, cosciente in ogni suo comportamento, consapevole delle sue motivazioni e, come se non bastasse, continuamente impegnato in aritmetiche operazioni di pesatura/ bilanciamento di beni, rischi, finalità o quant'altro.

Tale idea si è rivelata tanto intuitiva quanto falsa, essendo emerso che il *punctum dolens* è nemmeno la volontà, bensì, in molti casi e prim'ancora, la coscienza o comunque la *volontà cosciente* (per lo più inesistente; quando c'è, difficile da provare) Le *ricette* tradizionali sul dolo, richiamandosi a parametri largamente condivisi, perché attinti alla PSC, sono quindi maneggevoli ma inattendibili, oltre che mascheratamente normativiste, in quanto fondate su presunzioni.

Che cosa deve fare, a questo punto, il diritto penale?

Ove voglia continuare a tutti i costi a difendere l'indagine sul contenuto psicologico e sulle motivazioni del reo, sembra imbattersi in un'alternativa.

Può asserragliarsi in una visione endosistemica, fatta di massime e formule in reciproca ed eterna competizione, e così rinunciare alle sue aspirazioni realistiche (incidentalmente, fare finta che la realtà non esista significa propendere per le aborrite visioni costruttiviste ed antirealiste del diritto, facendone una macro-, autoreferenziale, convenzione sociale).

Oppure può aprirsi alle nuove conoscenze, e in questo caso reclamare un tipo d'indagine più approfondita, ma anche scivolosa e opinabile, in quanto debitrice di saperi molto specialistici, con conseguente aggiunta di un altro paragrafo al già ampio capitolo della c.d. prova scientifica. In questo caso, dovrebbe anche prepararsi a pagare un dazio pesante, ripensando le proprie categorie in una direzione sgradevole e, come se non bastasse, di difficile comprensione per la collettività cui (primariamente) si rivolge il precetto. Ad una (vera) psicogizzazione dell'elemento soggettivo reagirebbero infatti, con ogni probabilità, gli anticorpi del sistema. Alludo ad esigenze di tenuta, ma anche ad istanze di garanzia, visto che, sotto il primo aspetto (generalprevenzione), l'area dell'elemento soggettivo si contrarrebbe in misura estrema; sotto il secondo aspetto (garanzie), la prova del reale contenuto psicologico del poco che resterebbe di dolo e colpa dovrebbe fatalmente passare per l'abbandono del diritto penale del fatto.

Come avvertivo in premessa, si tratta, allo stato, poco più che di una provocazione⁶⁰.

Temo però che il *diritto penale della volontà* non potrà sottrarsi alla difficile scelta che ho prospettato.

⁶⁰ In questa sede non volevo proporre soluzioni (anche se al lettore non sarà sfuggita la mia simpatia per i modelli dichiaratamente normativi del dolo). L'intento che animava queste note è soltanto critico/decostruttivo.

A scanso di equivoci, ribadisco inoltre che il mio non è un atto di fede incondizionato nelle scienze "dure". So bene che in esse è sempre insita una componente interpretativa discrezionale (tutte le scienze sono *theory laden*). Altrettanto innegabile è però che portano a risultati che presentano un *maggior* grado di riproducibilità, verificabilità, falsificabilità ecc. rispetto al discorso giuridico puro. Di conseguenza, non vedo ostacoli concettuali ad un loro ingresso "guidato" nel diritto (nessuno – nemmeno i neuroscienziati – ha d'altronde mai ipotizzato sia possibile ridurre al sostrato biologico il fenomeno giuridico). I problemi – come spero di aver illustrato – sono altri.