

«SE IO AVESSI PREVISTO TUTTO QUESTO...»*

Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank

di Gianluca Gentile

SOMMARIO: 1. La prima formula di Frank, da von Liszt alla ThyssenKrupp. – 2 Storia editoriale delle formule di Frank. – 3. Formule di Frank e teoria del consenso: in particolare, il consenso ipotetico. – 4. Formule di Frank e principi dell'imputazione dolosa. – 5. Profili probatori. – 6. Uno sguardo di sintesi.

1. La prima formula di Frank, da von Liszt alla ThyssenKrupp.

Nel 1890, Reinhard Frank pubblica un cospicuo saggio intitolato «Rappresentazione e volontà nella dottrina moderna sul dolo» (*Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*), con il proposito di «offrire un contributo alla corretta comprensione del dolo penale» e al «chiarimento delle questioni controverse»¹. Due anni prima, Franz von Liszt aveva gettato il proverbiale sasso nello stagno contestando all'«opinione comune» che descriveva il dolo in termini di «coscienza e volontà degli elementi del reato» (*Wissen und Wollen der Deliktsmerkmale*) di essere imprecisa (*ungenau*), pericolosa (*gefährlich*) e scorretta (*unrichtig*)²: imprecisa, perché solo il

(*) Il materiale bibliografico necessario per la stesura di questo contributo è stato raccolto presso la Ludwig-Maximilians-Universität di München e il Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht di Freiburg im Breisgau. La mia più profonda riconoscenza per l'ospitalità ricevuta va pertanto al prof. Klaus Volk, emerito di diritto penale presso la LMU, al direttore del MPI prof. Ulrich Sieber e alla referente dell'istituto per l'Italia Frau Dr. Konstanze Jarvers. Ringrazio per i preziosi consigli Flavio Argirò, Gaetano Carlizzi e Gabriel Pérez Barberá.

¹ R. FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZStW*, 1890, 170.

² In questi termini, F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*³, Berlin-Leipzig, 1888, 165 nota 2. Va però notato che una definizione di dolo incentrata sul profilo conoscitivo traspariva già nella 1^a edizione del manuale (dal titolo *Das Deutsche Reichsstrafrecht*, Berlin-Leipzig, 1881, 108), e più nettamente nella 2^a (1884, 155). Nelle edizioni successive, la critica riferita nel testo subirà numerose modifiche. Nella 4^a (1891, 175 nota 3) von Liszt si limita ad affermare che la «debolezza dell'opinione dominante sta nell'oscurità del suo concetto di volontà», rinviando per il resto alle «convincenti argomentazioni» dell'articolo di Frank, pubblicato l'anno prima. A partire dalla 5^a (1892, 172 nota 2) fino alla 12-13^a (1903, 171 nota 2), si sostiene invece che «l'aspetto pericoloso» della *Willenstheorie* sta nella scarsa chiarezza del concetto di volontà e nella conseguente confusione tra dolo e intenzione (*Vorsatz und Absicht*). Dalla 14-15^a edizione (1905, 171 nota 3) abbiamo la versione 'definitiva' del pensiero di von Liszt, che resterà sostanzialmente invariata fino all'ultima, curata da Eberhard Schmidt (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*²⁶, Berlin-Leipzig, 1932, 256-257 nota 9): innanzitutto, la *Willenstheorie* farebbe violenza al linguaggio comune (*eine Vergewaltigung des Sprachgebrauch*), non potendosi definire «voluto» anche l'evento «sgradito» (*unangenehm*); poi, sarebbe impossibile riferire la volontà a tutti gli elementi della fattispecie, dicendo, ad esempio, che il ladro 'vuole'

movimento corporeo potrebbe essere voluto, e non l'evento³; pericolosa, perché confonderebbe la volontà con lo scopo (*Bezwechen*); scorretta, perché l'oggetto del dolo sarebbe costituito dall'evento, e non da tutti gli elementi del reato⁴.

Frank osservava che l'idea di incentrare il dolo sulla rappresentazione, invece che sulla volontà, fosse tutt'altro che nuova; anzi, trovava «sorprendente» che gli antecedenti teorici di tale concezione, etichettata «teoria della rappresentazione» (*Vorstellungstheorie*) in contrapposizione all'antagonista «teoria della volontà» (*Willenstheorie*)⁵, fossero passati inosservati⁶.

Da questa considerazione prende le mosse un approfondito *excursus* storico-dogmatico, durante il quale si individuano i progenitori della *Vorstellungstheorie*⁷, si sviluppa la tesi abbozzata da von Liszt sui rapporti tra azione e volontà⁸, e si conclude che l'espressione «evento voluto» potrebbe forse servire a descrivere in modo metaforico e semplificato la struttura del dolo⁹, ma non a comprenderne l'essenza¹⁰. Fin qui, l'assunto dogmatico centrale dello studio di Frank è che può dirsi voluta solo la condotta, e non l'evento: idea che, contrariamente a quanto poteva pensare nel 1930 Karl Engisch, non può dirsi «superata»¹¹, mostrando ancora oggi una certa vitalità¹².

che la cosa rubata sia altrui. Ma queste sono solo alcuni tra i tanti cambiamenti che le pagine sul dolo hanno subito nel corso delle varie edizioni del *Lehrbuch*: per un quadro d'insieme, si rinvia a E. H. ROSENFELD, *Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch*, in *ZStW*, 1911, 479 ss.; cfr. anche E. POMME, *Die "Vorstellungstheorie" und ihre Logik*, Trenkel, Berlin, 1908, 3 ss., 20 ss., 30 ss., che però è meno rigoroso.

³ F. VON LISZT, *Lehrbuch*³, cit., 119 nota 5. La tesi era stata avanzata per la prima volta da E. I BEKKER, *Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts*, I-2, Leipzig, 1859, 243 ss., come riconoscerà lo stesso von Liszt a partire dalla 4ª edizione del *Lehrbuch* (1891, 175 nota 3) fino alla 12-13ª (1904, 171, nota 2). Nelle edizioni successive il nome di Bekker apre l'elenco dei «principali esponenti» della *Vorstellungstheorie*.

⁴ Per la spiegazione dogmatica dell'assunto, F. VON LISZT, *Lehrbuch*³, cit., 116-119. Tuttavia, dalla 4ª edizione (1891, 175) fino alla 11ª (1902, 152) l'osservazione pare superata dall'idea che il dolo è «realizzazione consapevole di tutti gli elementi del reato» (*wissentliche Verwirklichen sämtlicher Deliktsmerkmale*).

⁵ Si deve proprio a Frank l'invenzione di queste fortunate denominazioni: lo riconoscono, tra gli altri, G. HEINZEL, *Die Vorstellungstheorie*, München, 1934, 12; A. LÖFFLER, *Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, mit Berücksichtigung des deutschen und des österreichischen Vorentwurfes*, in *ÖZSt*, 1911, 158; R. VON HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Eine dogmatische Studie*, Leipzig, 1903, 52 (limitatamente all'espressione «*Vorstellungstheorie*»).

⁶ R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 170.

⁷ R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 173-194. Sul punto, cfr. le critiche di R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 3-4.

⁸ R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 200-208, con un'ampia citazione da E. I BEKKER, *Theorie*, cit., 252-253.

⁹ Secondo R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 205, l'espressione «la morte è stata voluta» sarebbe la sintesi dei seguenti passaggi: la morte è l'esito di processo fisiologico => determinato da un colpo di pugnale al cuore => vibrato da un braccio => mosso a seguito di un atto di volontà.

¹⁰ R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 207-208.

¹¹ Così, K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit* (1930), Aalen, 1995, 131. Cfr. anche A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, 124.

¹² Ad esempio, colloca la volontà nell'ambito del concetto di azione, W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln, 1983, p. 255 ss. (in part. 265), 495-496. Da noi, cfr. la nota posizione di M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, II-2, *L'elemento psicologico*, Torino, 2001, 27 ss., 34 ss., 58 ss. Osserva G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, 2011, 188 nota 102, che «una buona parte della moderna teoria analitica dell'azione umana darebbe,

Deve però riconoscersi che *Vorstellung und Wille* deve la propria fama ad altro, e cioè a quelle pagine dedicate all'individuazione dei confini del dolo. Premesso che «senza dubbio» andrebbero imputate a titolo di dolo le conseguenze *sicure* della propria condotta¹³, Frank affronta il tema delle conseguenze *previste come possibili*, respingendo la soluzione estrema di riportare le ipotesi di dubbio *sempre* nell'alveo del dolo¹⁴ o della colpa¹⁵. Nel primo caso (dubbio = dolo) sarebbe ingiustamente privilegiata la disattenzione, facendo rispondere di incendio colposo chi, fumando a letto, non sia stato sfiorato dal dubbio di poterlo realizzare, e di incendio doloso il fumatore «talmente sfortunato» da aver previsto la possibile verifica dell'evento¹⁶. Nel secondo caso (dubbio = colpa), al contrario, sarebbe incomprensibilmente favorito il delinquente dotato di maggiore istruzione (*Bildungsgrad*) ed esperienza, perché la propensione a considerare ogni possibile contrattempo impedirebbe *sempre* la rappresentazione dell'evento in termini di certezza¹⁷. Inoltre, tale schema non consentirebbe di punire per omicidio volontario il bandito che, al fine di provare la gittata del suo nuovo fucile, abbia sparato in direzione di un uomo, uccidendolo¹⁸: eppure, per Frank il carattere doloso di tale condotta sarebbe incontestabile, anche se il bandito non conosceva ancora la gittata del suo fucile, e quindi non era affatto sicuro di colpire l'altro uomo¹⁹.

Ma perché il fumatore che ha previsto la possibilità di scatenare un incendio andrebbe punito a titolo di colpa, mentre il bandito dovrebbe rispondere di omicidio volontario? La differenza tra i due casi, spiega Frank, è evidente:

il bandito avrebbe sparato, anche se avesse saputo di cagionare la morte – il fumatore avrebbe spento il sigaro se avesse saputo che una scintilla sarebbe caduta sul letto e avrebbe mandato in fiamme la casa. La previsione di un evento in termini di possibilità integra pertanto il concetto di dolo solo quando la previsione di tale evento in termini di certezza non avrebbe trattenuto l'agente, né avrebbe assunto il significato di un contro-

in un certo senso, ragione a Bekker». Nella nostra dottrina, il tema è ripreso da M. RONCO, *Descrizioni penali d'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 476 ss.

¹³ R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 209. Ironico R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 54: «Senza dubbio – ma anche senza motivazione».

¹⁴ Così, invece, L. H. VON ALMENDINGEN, *Untersuchungen über das kulpöse Verbrechen*, Gießen, 1804, 16 ss., 239 ss., in polemica con K. GROLMAN, *Über die Begriffe von Dolus und Culpa, nebst einer Anwendung auf die Frage: ob Unmündige dolose Verbrechen begehen können*, in *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, 1797 (I-1), 6 ss., 25 ss., che invece aveva limitato i confini dell'imputazione dolosa ai casi di previsione dell'evento lesivo in termini di certezza.

¹⁵ Era la tesi avanzata da H. LUDEN, *Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechtes*, I, Jena, 1847, 243 ss., 257 ss.

¹⁶ R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 210. Frank riprende l'esempio del fumatore da E. HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, I, Berlin und Stettin, 1823, 359, che a sua volta l'aveva impiegato per criticare la tesi di von Almendingen.

¹⁷ R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 209, e qui il curioso esempio del professore di filosofia che, nell'estrarre il pugnale, si chiede se la sua vittima è protetta da una cotta di maglia (*Panzerhemd*) oppure soffre di destrocardia, e quindi potrebbe sopravvivere all'aggressione!

¹⁸ L'esempio è tratto da A. F. BERNER, *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Berlin, 1843, 187.

¹⁹ R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 210.

motivo decisivo. Qualora sia possibile stabilire in anticipo con certezza che cosa accadrà nel futuro, il dolo sussiste quando si sarebbe agito nonostante questa consapevolezza dell'evento. Quando questa consapevolezza avrebbe distolto dall'azione, il dolo invece non sussiste²⁰.

Questo criterio, conosciuto con il nome di (prima) formula di Frank²¹, sembra apparentemente godere di una rinnovata fortuna nella giurisprudenza italiana più recente²².

Si consideri ad esempio la sentenza di primo grado sulla vicenda di quel poliziotto che, per impedire la fuga di alcuni corrissanti, aveva sparato da una lunga distanza verso la loro automobile, uccidendo uno dei passeggeri [caso Spaccarotella]. Tra i vari argomenti volti a escludere gli estremi del dolo eventuale, la Corte d'assise di Arezzo ha osservato che la finalità perseguita dall'agente era quella «di contrasto del crimine e di tutela dell'ordine pubblico», sicché sarebbe stato «veramente arduo ipotizzare che un risultato del genere il poliziotto in servizio Spaccarotella volesse perseguirlo con pervicacia e accanimento tali da fargli accettare il rischio che la condotta a tal fine funzionale potesse cagionare addirittura la morte di taluno degli occupanti dell'auto»; e ancora, «la morte di taluno dei passeggeri si poneva palesemente come danno collaterale del tutto eccentrico e alla fin fine in palese contraddizione rispetto al risultato che col proprio agire» il poliziotto «si riproponeva di ottenere, quello cioè di far sì che i giovani si fermassero per assicurarli alla giustizia»²³.

In termini più espliciti, le Sezioni unite hanno impiegato la prima formula di Frank per risolvere la dibattuta questione della compatibilità tra dolo eventuale e

²⁰ R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 211.

²¹ Il primo parlare di 'formula' è stato R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 55 ss. La 'numerazione' (per le ragioni che si illustreranno nel § 2) si deve invece a H. GROSSMANN, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Eine neue Beitrag zu einer alten Frage*, Hamburg, 1924, 59 ss. Per inciso, anche in tema di tentativo Frank fu «artefice di non poche formule definitorie di lungo successo» (così S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Giuffrè, Milano, 2012, 761 e nota 142). Si pensi alla distinzione tra atti preparatori e atti esecutivi (questi ultimi tali che «in virtù della loro necessaria affinità con la condotta tipica, in una visione naturalistica appaiono come parti di essa») e tra recesso volontario («l'agente si dice: non voglio raggiungere il mio obiettivo ma potrei farlo») e involontario («io non posso raggiungere il mio obiettivo, anche se vorrei farlo»): cfr. R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*¹⁸, Tübingen, 1931, rispettivamente 87 e 97.

²² Così, F. VIGANÒ, [Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente](#), in *Il libro dell'anno del diritto 2013* (in [www.treccani.it](#)), § 3.4; parla invece di «riesumazione», G. FIANDACA, [Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo](#), in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, n. 1/2012, 154, anticipando così il suo giudizio critico sulla formula.

²³ [Ass. Arezzo, 14 luglio 2009 \(dep. 7 settembre 2009\) n. 1, Spaccarotella](#), in *questa Rivista*, 14 luglio 2009, rispettivamente 126 e 130, e in sintesi in *Corr. mer.*, 2009, 1239 ss., con nota di L. BEDUSCHI, *Omicidio del tifoso laziale in autogrill: dolo eventuale o colpa con previsione?* Il verdetto è stato riformato nel senso dell'omicidio volontario da [Ass. app. Firenze, 1° dicembre 2010 \(dep. 28 febbraio 2011\) n. 24](#), in *questa Rivista*, 21 ottobre 2011, e in sintesi in *Corr. mer.*, 2012, 394 ss., con nota di A. CILIBERTO, *Omicidio del tifoso laziale in autogrill: per la corte d'appello è dolo eventuale*, con sentenza confermata da Cass., Sez. I, 14 febbraio 2012 (dep. 1° agosto 2012), n. 31449.

ricettazione [caso Nocera]²⁴. A tal riguardo, la prassi era divisa in due orientamenti che per certi versi ricordavano le tesi estreme criticate da Frank, perché alcuni riportavano il dubbio sulla provenienza delittuosa *sempre* al paradigma della ricettazione, altri *sempre* a quello dell'incauto acquisto. Invece, le Sezioni unite hanno distinto tra mero sospetto, compatibile con l'incauto acquisto, e dubbio qualificato, suscettibile di integrare l'elemento psicologico della ricettazione nella forma del dolo eventuale «quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuta la certezza»²⁵.

Successivamente, un'altra sentenza della Cassazione – stavolta relativa a un incidente automobilistico letale cagionato da uno spericolato guidatore che, per sfuggire alla polizia, aveva attraversato la città a più di 100 km/h senza rispettare i semafori [c.d. caso Ignatiuc] – ha affermato che nel dolo eventuale la realizzazione del fatto dev'essere stata accettata psicologicamente dal soggetto, «nel senso che egli avrebbe agito anche se avesse avuto la certezza del verificarsi del fatto», mentre «nella colpa con previsione la rappresentazione come certa del determinarsi del fatto avrebbe trattenuto l'agente».²⁶ In quest'occasione, però, il richiamo alla prima formula di Frank appare sostanzialmente retorico²⁷, perché la Corte affida la distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione a un altro criterio, e cioè quello dell'accettazione del rischio nella sua versione 'comparativa'²⁸.

La sentenza Ignatiuc è stata scelta quale modello concettuale di riferimento dalla Corte d'assise di Torino nella nota sentenza che per la prima volta ha configurato una responsabilità *dolosa* del datore di lavoro per un incidente letale determinato dalla violazione delle cautele doverose a tutela dei lavoratori [caso ThyssenKrupp]²⁹.

²⁴ Cass., Sez. Un., 26 novembre 2009 (dep. 30 marzo 2010), Nocera, in *Cass. pen.*, 2010, 2548, con nota di M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*. Cfr. anche G. DEMURO, *Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 308 ss. In precedenza la prima formula di Frank era stata menzionata in Cass., Sez. I, 5 luglio 1976, Salvalajo, in *Cass. pen.*, 1977, 831 ss., relativa a un caso di omicidio.

²⁵ Cass., Sez. Un., 26 novembre 2009, cit., 2554. Evidente l'influsso di A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, s., III, *Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003, 490-491.

²⁶ [Cass., Sez. I, 1° febbraio 2011 n. 10411, Ignatiuc](#), in *questa Rivista*, 21 maggio 2011, con nota di A. AIMI, *Fuga dalla polizia e successivo incidente stradale con esito letale: la Cassazione ritorna sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente*; cfr. anche F. DI FRESCO, *Incidente mortale causato da una condotta di guida sconsiderata: dolo eventuale o colpa cosciente? La Cassazione «rispolvera» la prima formula di Frank*, in *Foro it.*, 2011, II, 533 ss.; PISA, *Incidenti stradali e dolo eventuale: l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, numero speciale, *Dolo e colpa negli incidenti stradali*, 2011, 16 ss.

²⁷ G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit., 158. Analogo richiamo retorico, senza che ciò influisca sulla motivazione, in [Cass., Sez. V, 27 ottobre 2011 \(dep. 26 gennaio 2012\) n. 3222, Guzinska](#), in *questa Rivista*, 18 maggio 2012, con nota di P. PIRAS, *Il dolo eventuale si estende all'attività medica*.

²⁸ A tal riguardo, la Cassazione fa propria la tesi di S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 32 ss., secondo la quale si ha dolo eventuale quando «il rischio viene accettato a seguito di un'opzione, di una deliberazione con la quale l'agente consapevolmente subordina un determinato bene ad un altro».

²⁹ [Ass. Torino, 15 aprile 2011 \(dep. 14 novembre 2011\), Espenhahn e altri](#), in *questa Rivista*, 18 novembre 2011, con nota di S. ZIRULIA, *ThyssenKrupp, fu omicidio volontario: le motivazioni della Corte d'Assise*. La

Beninteso, il Giudice torinese ha abbandonato «il pericoloso (dal punto di vista della possibile condanna per dolo) richiamo alla prima formula di Frank»³⁰: la condanna dell'amministratore delegato della ThyssenKrupp per omicidio volontario nella forma del dolo eventuale è stata invece argomentata sulla scorta dell'altro paradigma concettuale illustrato dalla sentenza Ignatiuc, nel senso che le macroscopiche violazioni della normativa antinfortunistica sarebbero state il frutto di un cinico giudizio di prevalenza degli interessi economici aziendali sulla vita dei lavoratori.

La sentenza è stata recentemente riformata in appello, dove si è optato per la tesi dell'omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento proprio sulla scorta della prima formula di Frank. Riprendendo la strada indicata dalla sentenza Nocera, il Giudice di secondo grado ha osservato che un incidente di vaste proporzioni, come quello avvenuto nello stabilimento della Thyssen, non solo mette a repentaglio la vita delle persone che vi lavorano, ma cagiona all'azienda un danno economico plausibilmente *superiore* ai risparmi di spesa ottenuti rinviando l'adeguamento dei presidi di sicurezza. Di conseguenza, sarebbe impensabile per «un imprenditore esperto, abituato a ponderare le proprie decisioni nel tempo» agire «in maniera tanto irrazionale» da accettare la possibile verifica di un evento che «non solo non avrebbe fatto prevalere l'obiettivo perseguito ma avrebbe provocato un danno di tali dimensioni da annullarlo e soverchiarlo totalmente». Da qui l'assunto che, mentre nel caso del rapinatore che spara alla guardia giurata pur di spianarsi la via di fuga l'interesse perseguito [la fuga] e il danno previsto [l'uccisione della guardia] «non sono fra di loro confliggenti», nella vicenda Thyssen «la verifica dell'evento [l'incidente] diventa la negazione dell'obiettivo perseguito» [gli interessi economici aziendali]: sarebbe «proprio questo tipo di comparazione fra obiettivo perseguito [...] ed eventi dannosi (previsti e non sperati) a risolvere [...] in maniera nettamente negativa la verifica ipotetica» richiesta dalla formula di Frank, e a far escludere la sussistenza del dolo eventuale³¹.

In attesa che la Corte di Cassazione si pronunci sulla correttezza logico-argomentativa di questa sentenza, verificandone la compatibilità con gli orientamenti di legittimità in materia di dolo eventuale e colpa con previsione, vale la pena di ritornare a riflettere sul fondamento sostanziale e sul rendimento processuale della

bibliografia su questa importante (e controversa) sentenza è già molto nutrita: da ultimo, D. PIVA, ["Tesi" e "antitesi" sul dolo eventuale nel caso Thyssenkrupp](#), in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, n. 2/2013, 204 ss., e qui i necessari rinvii.

³⁰ Così, G. DEMURO, [Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale](#), in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, n. 1/2012, 149. Cfr. anche D. PIVA, "Tesi", cit., 211.

³¹ [Ass. app. Torino, 28 febbraio 2013 \(dep. 23 maggio 2013\), Espenhahn e altri](#), in *questa Rivista*, 3 giugno 2013, 304-305, con nota di S. ZIRULIA, *ThyssenKrupp: confermate in appello le condanne, ma il dolo eventuale non regge*, nonché in sintesi in *Dir. pen. proc.*, 2013, 926, con nota di M. N. MASULLO, *Infortuni (mortal) sul lavoro e responsabilità penale del datore di lavoro: ripristinato il primato del modello colposo?* Per un primo commento, R. BARTOLI, [Ancora sulla problematica distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nel caso Thyssenkrupp](#), in *questa Rivista*, 17 giugno 2013; G. DI BIASE, [Thyssenkrupp: verso la resa dei conti tra due opposte concezioni di dolo eventuale?](#), in *questa Rivista*, 7 ottobre 2013.

prima formula di Frank, tenendo conto di un dibattito che, iniziato più di un secolo fa, non accenna a scemare.

2. Storia editoriale delle formule di Frank.

L'idea alla base della prima formula di Frank era già stata espressa circa cinquanta anni prima da Moritz Breidenbach³² nel commentare l'art. 60 del Codice penale del Granducato di Hessen (1841), che così recitava: «Se l'intenzione dell'agente non era diretta esclusivamente a un determinato evento, ma in maniera indeterminata verso l'uno o l'altro di più eventi possibili, allora gli è imputato a titolo di dolo quello che si è effettivamente realizzato»³³.

Breidenbach, che apprezzava molto la bipartizione in *dolus determinatus seu specialis* e *dolus indeterminatus*³⁴, interpretava tale disposizione in questo modo:

solo ciò che l'uomo vuole può essergli imputato a titolo di dolo, però non si deve credere che questo riguardi solo i casi in cui qualcuno vuole un evento ben determinato, anche se ciò sarà comunque la regola; la legge pone sullo stesso piano i casi in cui la condotta potrebbe portare a diversi risultati e l'agente li ha come sempre voluti tutti, o anche solo alcuni. Dunque, per imputare a titolo di dolo tra i possibili eventi quello realizzato, è necessario: a) che l'agente abbia previsto la possibilità di questa realizzazione. Ma ciò non basta, perché lo stesso si riscontra anche nel caso della colpa cosciente; l'evento realizzato deve: b) corrispondere all'intenzione (*Absicht*) che l'agente nutriva al momento in cui intraprendeva l'azione. In alcuni casi, seppure non sempre, una prova sicura della sussistenza del dolo eventuale anziché della colpa cosciente si ricava da ciò, che idealmente si spazza via ogni alternativa o eventualità e si pensa che un potere soprannaturale avrebbe predetto all'agente, nel momento in cui compiva l'azione in

³² Lo riconosce lo stesso R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 210, e qui un'ampia citazione da M. W. A. BREIDENBACH, *Commentar über das Großherzoglich hessische Strafgesetzbuch*, I-2, Darmstadt, 1844, 56 – 57. Ma i precedenti storici della prima formula di Frank sono ancora più risalenti, come ricordato da F. EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung*, Leipzig-Wien, 1910, 126-127. Notevole il seguente passo di A. F. BERNER, *Grundlinien*, cit., 248, di un anno precedente al commento di Breidenbach: solo chi «agisce con dolo eventuale acconsente comunque all'evento lesivo, mentre chi agisce con colpa cosciente non acconsente affatto. Il primo forse agirebbe anche se dovesse prevedere la tragica conseguenza; il secondo si asterrebbe dall'agire senza pensarci un attimo». Anche l'esempio proposto da Berner ricorda molto quelli di Frank: un «servo pigro» sale sul granaio con un lume, conscio del pericolo di incendio, ma allo stesso tempo agendo nella convinzione di aver adottato le cautele opportune e di saper controllare le fiamme; ebbene, se quel servo «avesse avuto la certezza che il granaio sarebbe andato in fiamme, sicuramente non sarebbe salito con il lume». La somiglianza tra l'argomento di Breidenbach e quello di Berner non era sfuggita a T. GEZLER, *Ueber den Begriff und die Arten des Dolus*, Tübingen, 1860, 145 nota 2.

³³ M. W. A. BREIDENBACH, *Commentar*, cit., 55. In originale, «*War die Absicht des Handelnden nicht ausschliesslich auf einen bestimmten Erfolg gerichtet, sondern unbestimmt auf einen oder den anderen von mehreren möglichen Erfolgen, so wird ihm derjenige davon zugerechnet, der wirklich eingetreten ist*». Per un sintetico commento alla disciplina sul dolo nell'*hessische Strafgesetzbuch*, cfr. R. VON HIPPEL, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, in *Vergleichende Darstellungen des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, III, Berlin, 1908, 468- 470.

³⁴ Preferendola alla tripartizione del dolo in *dolus determinatus*, *dolus indeterminatus seu generalis* e *dolus eventualis* proposta da C. G. WÄCHTER, *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts*, I, Stuttgart, 1825, 125 ss.

questione, quale evento si sarebbe effettivamente avuto. Quando ci si domanda, sulla base delle circostanze accertate, che cosa avrebbe fatto l'agente in un simile caso, e si può dare la risposta che l'agente non si sarebbe astenuto dall'agire, allora l'evento realizzato è da imputarsi a titolo di dolo³⁵.

Il passo di Breidenbach aveva attirato le critiche di Ludwig von Bar³⁶, secondo il quale sarebbe stato impossibile accertare *ex post* come si sarebbe comportato l'agente nel caso di sicura previsione dell'evento; poi, anche la previsione di un evento lesivo in termini di certezza non sarebbe stata di per sé indice di volontà: chi mangia una spezia difficilmente digeribile conoscendo l'inevitabilità dei disturbi, ma allo stesso tempo credendo di farla franca, non 'vorrebbe' star male³⁷.

Quest'ultimo l'argomento di von Bar è meno ingenuo di quanto possa sembrare³⁸, se si considera che il dibattito sul valore da attribuire a una 'presa di distanze' di natura emotiva da un evento previsto in termini di sostanziale certezza è tuttora aperto³⁹. Tuttavia, basti per ora notare che l'obiezione si basa su una nozione

³⁵ M. W. A. BREIDENBACH, *Commentar*, cit., 57-58.

³⁶ L. VON BAR, *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte*, Leipzig, 1871, 34-35 nota 5.

³⁷ L'assunto pare superato in L. VON BAR, *Dolus eventualis?*, in *ZStW*, 1898, 550, dall'affermazione che «il dolo diretto o determinato sussiste sebbene l'evento in questione non piaccia all'agente»; l'A. insiste invece sull'idea che il dolo sarebbe escluso dalla speranza (dovuta a «scarsa intelligenza o a un'assurda sconsideratezza») che l'evento non si verificherà, a prescindere da quanto elevata possa essere la sua probabilità oggettiva (L. VON BAR, *Dolus eventualis?*, cit., 539; L. VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, II, *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin, 1907, 315-316). Anche la nostra dottrina più risalente dubitò che le conseguenze sgradite rientrassero nella nozione di volontà (cfr. ad esempio M. FINZI, «*Previsione senza volizione*» nel diritto penale, in *Scuola pos.*, 1922, I, 166; R. A. FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933, 359 ss.), ma nel dibattito successivo sarebbe prevalsa l'idea «che i risultati previsti come certi devono ritenersi volontari, anche quando l'agente non li ha avuti di mira» (così, G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, 446; per un'ampia disamina critica degli orientamenti che collegavano il dolo alle nozioni di interesse e di desiderio, si rinvia a A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, cit., 137-149).

³⁸ Un esempio analogo a quello di von Bar (chi si ubriaca sa bene che il giorno dopo si sveglierà con il mal di testa, ma non lo 'vuole') è stato formulato di recente da R. MERKEL, *Frühethanasie. Rechtsethische und Strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der neonatal Medizin*, Baden-Baden, 2001, 177, nel discutere la c.d. teoria del doppio effetto (*Doppelwirkungslehre*).

³⁹ Infatti, alcuni escludono la necessità di un'adesione interiore all'evento previsto come certo (cfr. ad esempio, G. JAKOBS, *Strafrecht A.T. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York, 1993, 269), sicché chi ha sparato a una persona conoscendo le conseguenze letali del suo gesto non potrebbe negare di aver 'voluto' l'evento-morte, perché si tratterebbe di un *venire contra factum proprium*, ossia di un atteggiamento contraddittorio: così, J. HRUSCHKA, *Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes*, in K. H. GÖSSEL, H. KAUFFMANN (Hrsgs.), *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinkecht*, München, 1985, 192. A questa posizione si è obiettato che il comportamento umano non è sempre razionale e coerente, e che quindi non sempre prevedere un evento come certo significa volerlo (A. GRÜNEWALD, *Die vorsätzliche Tötungsdelikt*, Tübingen, 2010, 156). Analogamente, si è sostenuto che sarebbe possibile escludere il dolo nel caso di chi è «convinto, anche nel modo più alogico e colpevole (ad esempio per superstizione), di non cagionare l'evento certamente legato alla sua condotta» (così L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Morcelliana, 1993, 53; riconosce che peculiari stati emozionali possano incidere sulla rappresentazione dei fatti anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, 316).

sostanziale di dolo differente da quella sostenuta da Frank⁴⁰, al quale è agevole replicare che nella sua concezione non si parla di ‘volontà’ dell’evento⁴¹. D’altro canto, von Bar era un fiero oppositore della categoria del dolo eventuale⁴², e quindi non stupisce che, diversamente da Frank, ravvisasse la colpa nel caso, simile a quello del bandito, di chi, per fare un esperimento pericoloso, intenda colpire il cappello di una persona, e invece la uccida⁴³; nel contempo, Frank non aveva dubbi nel considerare dolosa la condotta del sifilitico che, pur consapevole della possibilità di contagiare il partner, non si astiene dall’aver rapporti sessuali: ipotesi che invece secondo von Bar sarebbe stata ancora una volta colposa⁴⁴.

Per quanto attiene invece alla questione processuale sollevata da von Bar, relativa ai profili probatori della tesi di Breidenbach, la replica di Frank appare elusiva, perché da un lato egli riconosce la maggiore problematicità della prova relativa ai processi psichici, dall’altro afferma che negli «accertamenti che ricadono nel campo psicologico è necessario mettersi nell’animo dell’autore», e che l’esperienza del giudice dovrebbe limitare quel «certo grado di arbitrio» inevitabilmente presente nei casi più difficili⁴⁵.

Questi chiarimenti ‘preventivi’ non sottrassero però la formula di Frank dall’immediata obiezione che ai fini del dolo conterebbe il reale stato psicologico dell’agente al momento del fatto – e cioè il non aver previsto l’evento in termini di certezza –, e non una previsione che non c’è stata e non ci sarebbe potuta essere⁴⁶. Non sappiamo quanto la critica abbia influenzato Frank nel momento in cui – era il 1897 – riprendeva il tema del dolo eventuale nella prima edizione del suo fortunato commentario al codice penale tedesco⁴⁷. Fatto sta che Frank conferma che lo stato di dubbio non è adeguato a integrare il dolo, mostra apprezzamento per la giurisprudenza del *Reichsgericht* orientata in senso conforme⁴⁸, e commenta:

⁴⁰ Sul punto si ritornerà alla fine del § 4.

⁴¹ R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 212 ss.

⁴² A partire da L. VON BAR, *Die Lehre*, cit., 35 ss. e poi nei suoi scritti successivi.

⁴³ L. VON BAR, *Die Lehre*, cit., 35. Nella nostra dottrina, esempio e soluzione analoghi da parte di un altro storico avversario del dolo eventuale, ossia A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione di dolo*, Napoli, 1930, 152-153.

⁴⁴ R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 221 (che però in questo caso non polemizza con von Bar); L. VON BAR, *Die Lehre*, cit., 36 in nota, osservando che l’agente non ha interesse a provocare l’evento lesivo.

⁴⁵ R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 212.

⁴⁶ Così, M. VON BURI, *Vorstellung und Wille*, in *Gerichtssaal*, 1890, 244; J. WEISSMANN, *Der Thatbestand der Urkundenfälschung*, in *ZStW*, 1891, 83 nota 189; J. C. W. THYREN, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie*, II, *Über Dolus und Culpa*, Lund, 1895, 88 e 145.

⁴⁷ Ipotizza tale influsso, K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 98; cfr. anche J. BELEZA DOS SANTOS, *Crimes de mueda falsa*, in *Rev. Leg. Jur.*, 9 giugno 1934, 33 nota 1; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, V, *La culpabilidad*, Buenos Aires, 1963, 611; R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, 63. L’assunto manca però di referenti testuali, perché in R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*¹, Leipzig, 1897, 90, non si affronta il tema del carattere fittizio della formula, e lo scritto di J. C. W. THYREN, *Abhandlungen*, cit., 145 ss., sarà citato solamente a partire da R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*⁵⁻⁷, Tübingen, 1908, 132.

⁴⁸ Frank si riferisce a RGST 21, 420, che aveva preso le distanze dal precedente orientamento del *Reichsgericht* (già commentato in R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 226) secondo il quale «un semplice dubbio»

Infatti, il dolo eventuale si presenta come quel peculiare rapporto psichico, sussistendo il quale l'agente si dice: le cose possono stare così o altrimenti, andare così o altrimenti, in ogni caso io agisco⁴⁹.

Tale affermazione, che è conosciuta come seconda formula di Frank⁵⁰, rimarrà invariata in tutte le successive edizioni del commentario. Al contrario, Frank tornerà più volte sul rapporto tra le due formule, e soprattutto sul ruolo da attribuire alla prima, a volte accostandola alla seconda, a volte conferendole la funzione di strumento probatorio⁵¹. Sulla scia di tali tentennamenti, la dottrina ha proposto le interpretazioni più svariate della seconda formula di Frank, da alcuni ritenuta un miglioramento della prima⁵², da altri un peggioramento⁵³, da altri ancora qualcosa di completamente diverso⁵⁴.

Nella prima edizione del commentario, le due formule sono intervallate da una frase che sarà presente fino alla 5/7^a edizione⁵⁵ (e non assurgerà al rango di 'terza formula di Frank'...):

Se invece l'agente si dice: se sapessi che così dovrebbe essere o andare, mi asterrei dall'agire – allora il dolo eventuale non sussiste, e si può parlare al massimo di colpa⁵⁶.

La prima formula è impiegata subito dopo per descrivere la «stessa idea» sottesa alla citata giurisprudenza del *Reichtsgesicht*:

la rappresentazione che potrebbe sussistere una circostanza di fatto o realizzarsi un evento è sufficiente per il dolo quando si sarebbe agito anche nel caso di sicura conoscenza della circostanza o di sicura previsione dell'evento – invece non basta, quando una rappresentazione sicura o una previsione sicura avrebbero distolto il soggetto dall'agire.

(*ein bloße Zweifel*) sull'età della vittima era sufficiente ad imputare a titolo di dolo il reato di atti sessuali con minorenne.

⁴⁹ In originale, «*In der That erscheint der dol. event. als die eigentümliche psychische Beziehung, bei der sich der Thäter sagt: mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jedem Fall handle ich*»: R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch*¹, cit., 90; sostanzialmente, R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch*¹⁸, cit., 190.

⁵⁰ Così chiamata, come già detto, da H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 61.

⁵¹ Sul punto, H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 60-61; K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 98-100; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., 611-612, che però presenta diverse imprecisioni.

⁵² E. KOHLRAUSCH, *Die Schuld (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Rechtsirrtum, Erfolgshaftung)* in F. ASCHROTT, F. VON LISZT, (Hrsg), *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs*, Band I: *Allgemeiner Teil*, Berlin, 1910, 201 nota 1. Ad esempio, accolgono la seconda formula di Frank, criticando invece la prima, A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, cit., 337 s.; O. TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht, A.T.*, Wien-New York, 1994, 169; H.H.- JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, A.T.*, Berlin, 1996, 301.

⁵³ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 56-57 nota 1.

⁵⁴ H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 70-71 e 74; K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 100.

⁵⁵ La circostanza è notata da H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 61 nota 1.

⁵⁶ In originale, «*Sagt sich dagegen der Thäter: wüßte ich, dass es so sein oder so kommen sollte, so unterließe ich meine Handlung – so liegt dol. event. nicht und kann höchstens noch von Fahrlässigkeit die Rede sein*» (R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch*¹, cit., 90; 2^a edizione, 1901, 99; 3/4^a edizione, 1903, 104; 5/7^a, edizione, 1907, 132).

Infine, Frank accenna ancora una volta alle «grosse difficoltà» connesse all'accertamento di «questo particolare stato d'animo», ma ciò non consentirebbe di rinunciare al concetto di dolo eventuale⁵⁷.

Fino a questo momento, Frank sembra utilizzare le sue formule (anche la 'terza'...) come varianti di un medesimo concetto, e cioè che il dolo eventuale è un «rapporto psichico» che corrisponde a *qualcosa in più* del mero dubbio, e più precisamente allo stato d'animo di chi agirebbe anche se fosse sicuro di provocare un evento lesivo. La natura ipotetica di questo giudizio non sembra costituire un problema per Frank, che invece è più interessato a difendere la sua tesi sul piano processuale (anche se, deve ammettersi, senza diffondersi in dettagli).

Le cose cambiano nel 1901. Lo spunto è offerto da alcune considerazioni critiche di von Bar, secondo il quale la prima formula di Frank avrebbe indotto il giudice a decidere sulla base delle proprie simpatie personali, e non degli elementi di fatto effettivamente percepiti dall'agente: da questo punto di vista, la *vera* ragione per distinguere il caso del bandito da quello del fumatore distratto è che il primo sarebbe una «cattiva persona», a differenza del fumatore distratto; ma in questo modo si utilizzerebbe un parametro del tutto arbitrario, e «nei processi politici» il «socialdemocratico» potrebbe essere assolto o condannato a seconda delle simpatie partitiche del giudice⁵⁸.

Nel replicare, Frank definisce la prima formula uno «strumento essenziale» (*ein wesentliches Hilfsmittel*) per superare le «grosse difficoltà» legate all'accertamento di quel «particolare stato d'animo» descritto dalla seconda formula (e in questa edizione, anche dalla 'terza'), con l'essenziale precisazione che non conterebbe la personalità dell'imputato, ma solo il 'peso' da egli assegnato al suo scopo concreto:

la questione può essere risolta nel senso del dolo eventuale solo quando elementi precisi mostrano che per l'agente raggiungere il proprio scopo era preferibile all'evitare una condotta punibile (obiettivamente valutata). Dalla formulazione data deriva specialmente tale principio: l'agente è sempre in dolo quando l'evento è ambito (*erstrebt*), a prescindere dal fatto che egli ne abbia previsto la realizzazione in termini di certezza o di possibilità⁵⁹.

⁵⁷ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch*¹, cit., 90, dove si riprende l'idea, espressa in R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 209, che nel caso contrario si favorirebbe chi, per esperienza o grado culturale, non è pienamente sicuro della realizzazione dell'evento.

⁵⁸ L. VON BAR, *Dolus eventualis*, cit., 550 e nota 18.

⁵⁹ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*², Leipzig, 1901, 99-100. La precisazione che la prima formula non dovrebbe basarsi sulla personalità del reo sarà ripresa nella 3/4^a edizione (1903, 104), ma non nella 5/7^a (Tübingen, 1908), e nella 8-10^a (1911), per poi ricomparire dall'11/14^a edizione (1919, p. 142) in poi. L'affermazione finale (presente in tutte le edizioni del commentario: cfr. da ultimo la 18^a, 191) sui rapporti tra intenzionalità e previsione è spiegata da K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 139, nel senso che l'evento perseguito dall'agente sarebbe sempre necessario in vista della realizzazione del suo scopo, e quindi si potrebbe sempre dire che egli «avrebbe agito anche nel caso di sicura previsione della realizzazione dell'evento».

Sennonché, nelle successive versioni del commentario Frank tornerà a equiparare le due formule⁶⁰, e solo a partire dall'8/10^a edizione, incalzato da Kohlrausch⁶¹, dichiarerà esplicitamente che la prima «non descrive lo stato d'animo da contraddistinguere in termini di dolo eventuale, ma è solo uno strumento per la sua conoscenza»⁶².

Risale a qualche anno prima, invece, un altro importante chiarimento, relativo questa volta al fondamento dogmatico delle formule. Robert von Hippel, uno degli esponenti più autorevoli della *Willenstheorie*, aveva accolto la prima formula di Frank – anzi, ne sarebbe diventato «l'apologeta»⁶³ –, rimproverando però al suo autore di non averne chiarito il «contenuto psicologico»⁶⁴. Nel suo celeberrimo scritto incentrato «Sulla costruzione del concetto di colpevolezza» (*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*)⁶⁵, Frank ricorda che già in *Vorstellung und Wille* aveva definito «formale» il contrasto tra la *Vorstellungstheorie* e la *Willenstheorie*⁶⁶, dal momento che la prima non aveva mai preteso di incentrare la nozione di dolo esclusivamente sulla rappresentazione, né di rinunciare al concetto di azione volontaria⁶⁷. La differenza tra le due opzioni dogmatiche consisteva in questo, che mentre la *Willenstheorie* parlava di volontà dell'evento, la *Vorstellungstheorie* studiava il modo in cui la rappresentazione di quest'ultimo influenzava la condotta (volontaria) dell'agente.

Più precisamente, la forma più grave di rimprovero (*Vorwurf*)⁶⁸ si avrebbe quando l'evento è preso di mira, perché in tal caso la previsione dell'evento, invece di

⁶⁰ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*³⁻⁴, Leipzig, 1903, 104; R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*⁵⁻⁷, Tübingen, 1908, 132. Più precisamente, la prima formula è spezzata in due tronconi, e la sua declinazione positiva (il dolo sussiste quando «l'agente avrebbe agito anche in condizioni di conoscenza sicura») è accostata alla seconda, mentre la declinazione negativa (non c'è dolo «quando l'agente non avrebbe agito in condizioni di conoscenza sicura») è collegata alla 'terza'.

⁶¹ E. KOHLRAUSCH, *Die Schuld*, cit., 201-202.

⁶² R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*⁸⁻¹⁰, Tübingen, 1911, 142. Il concetto è ripreso in tutte le edizioni successive del commentario, da ultimo nella 18^a, 192.

⁶³ H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 59 e 79.

⁶⁴ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 55-56; ID., *Vorsatz*, cit., 500 nota 2.

⁶⁵ R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts – Jubiläum*, Giessen 1907, 543 ss. Com'è noto, da tale scritto si fa tradizionalmente partire l'elaborazione della concezione normativa della colpevolezza (ma sul punto cfr. H. ACHENBACH, *Riflessioni storico-critiche sulla concezione della colpevolezza di Reinhard Frank*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 844 ss., 852 ss.).

⁶⁶ R. FRANK, *Über den Aufbau*, cit., 540; R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 170. Per inciso, anche F. VON LISZT, *Lehrbuch*⁵, cit., 143 nota 2 e *Lehrbuch*⁶, cit., 173 nota 2, aveva affermato che la *Vorstellungstheorie* e la *Willenstheorie* erano, sul piano delle conseguenze pratiche, meno diverse di quanto sembrasse a prima vista. Ma questa osservazione conciliante non sarà presente nelle edizioni successive.

⁶⁷ R. FRANK, *Über den Aufbau*, cit., 544; R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 221-222, in polemica con M. VON BURI, *Ueber die Begriffe der Vorsatzes und Handlung*, in *Gerichtssaal*, 1889, 408 ss.

⁶⁸ Com'è noto, l'equazione colpevolezza = rimprovero diventerà il manifesto della concezione normativa, anche se secondo R. FRANK, *Über den Aufbau*, cit., 530, la *Vorwerfbarkeit* andava intesa quale «sintetico riepilogo» degli elementi della colpevolezza che trovava il suo valore «non in se stesso, ma solo nel riferimento a ciò che vuole caratterizzare». Sulla natura valutativa della rimproverabilità, come tale inevitabilmente permeabile alle istanze etico-sociali diffuse in un determinato momento storico, sia consentito rinviare a G. GENTILE, *Un'aggravante per i reati culturalmente motivati? Riflessioni critiche sulla*

distogliere l'agente dal proposito di agire, costituisce l'elemento determinante della condotta. Sostanzialmente assimilabile sul piano del disvalore sarebbe anche l'ipotesi in cui l'agente si propone altri scopi, e non si lascia determinare dalla sicura previsione dell'evento lesivo collaterale. Invece, nel caso di previsione in termini di probabilità, il rimprovero a titolo di dolo sarebbe giustificato solo «quando la differenza tra sicuro e possibile è per l'agente priva di significato, quando egli si sarebbe comportato come ha fatto in tutte le circostanze»⁶⁹. A questo punto, conclude Frank, la sua visione del dolo non sarebbe così diversa da quella di von Hippel, il quale aveva individuato il fondamento della prima formula nel fatto che «la rappresentazione in termini di possibilità fonda il dolo quando ha assunto in concreto per il comportamento psichico dell'agente lo stesso significato pratico di una rappresentazione in termini di certezza»⁷⁰. Nondimeno, la *Vorstellungstheorie* sarebbe preferibile sul piano del rigore concettuale, non riuscendo l'idea di volontà dell'evento a spiegare in maniera convincente perché le conseguenze rappresentate come certe devono ascrivere a titolo di dolo anche se non perseguite intenzionalmente (e quindi non 'volute' nel senso del linguaggio comune)⁷¹.

Le idee di Frank sul fondamento dogmatico e sulla distinzione funzionale delle formule non subiranno altre modifiche di rilievo, e a partire dall'11/14^a edizione assumeranno la loro forma definitiva⁷²: la seconda formula («se l'agente si dice: le cose possono stare così o altrimenti, andare così o altrimenti, in ogni caso io agisco, allora la sua colpevolezza (*Verschulden*) è dolosa») illustra la «condizione psichica» che legittima un rimprovero a titolo di dolo, e cioè l'ipotesi in cui il livello del coefficiente cognitivo (in termini di certezza o di possibilità) è indifferente (*gleichgültig*) per il processo formativo della volontà; invece, la prima formula («Se si conclude che l'autore avrebbe agito anche in caso di sicura conoscenza [...], il dolo è da ammettere; se si conclude che in caso di sicura conoscenza l'autore si sarebbe astenuto dall'agire, il dolo è da escludere») non serve a descrivere «lo stato d'animo da contrassegnare come dolo eventuale», ma è solo uno strumento di conoscenza (*Erkenntnismittel*); a tal riguardo, non si deve guardare semplicemente al carattere del reo, ma innanzitutto a come egli si pone di fronte al suo scopo concreto⁷³.

Senonché, nella 18^a e ultima edizione del commentario troviamo in coda a queste riflessioni un esame critico della teoria della probabilità

proposta di legge Sbai, in L. STORTONI, S. TORDINI CAGLI (a cura di), *Cultura, culture e diritto penale*, Bologna, 2012, 68 ss., e qui altri riferimenti.

⁶⁹ R. FRANK, *Über den Aufbau*, cit., 544-545. Nella 5/7^a edizione del commentario (1908, 132), la tesi è sintetizzata in questo modo: chi avrebbe agito anche nel caso di certezza soggettiva «nega anche alla conoscenza sicura delle circostanze di fatto di influire sulla propria formazione del volere, e nella mancanza di ciò sta l'essenza del dolo».

⁷⁰ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 55-56; ID., *Vorsatz*, cit., 500 nota 2; cfr. anche ID., *Deutsches Strafrecht*, cit., 313-314 nota 11.

⁷¹ R. FRANK, *Über den Aufbau*, cit., 545. Invece R. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, cit., 309 ss., insisterà nel dire che possono dirsi volute anche le conseguenze non desiderate.

⁷² R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*¹¹⁻¹⁴, Tübingen, 1919, 142-143.

⁷³ Così, da ultimo, R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch*¹⁸, cit., 190-191.

(*Wahrscheinlichkeitstheorie*), secondo la quale i confini del dolo andrebbero ricercati *esclusivamente* nel momento rappresentativo, da qualificarsi però in termini di *probabilità*⁷⁴. Invece, Frank ritiene che il dolo potrebbe configurarsi anche in assenza di un elemento cognitivo così intenso, a condizione che la rappresentazione della *possibile* esistenza di un elemento del reato o del *possibile* verificarsi dell'evento sia per il reo *indifferente*.

D'altro canto, il dolo sarebbe comunque da escludersi anche quando l'agente ha formulato un tale giudizio di probabilità, sicché non dovrebbe rispondere di tentato omicidio chi uccide con uno sparo il toro che stava per travolgere un'altra persona, pur essendosi rappresentato la probabilità di colpire anche quest'ultima. Insomma, l'essenza del dolo eventuale consisterebbe in ciò, «che l'agente si dice: è possibile che l'evento accada e acconsento alla sua verifica (*der Erfolg kann und mag eintreten*)»⁷⁵.

3. Formule di Frank e teoria del consenso: in particolare, il consenso ipotetico.

Anche se è difficile stabilire con certezza quali delle modifiche apportate da Frank al suo commentario siano il riflesso di un effettivo mutamento di pensiero e quali invece rivestano un carattere esclusivamente formale, si può azzardare a questo punto qualche considerazione ricostruttiva.

Innanzitutto, non è affatto paradossale che il 'volontarista' von Hippel avesse apprezzato la prima formula di Frank, sostenitore della *Vorstellungstheorie*⁷⁶, perché tali teorie non erano quei blocchi monolitici che ci sono stati consegnati dalla successiva vulgata critica⁷⁷: ad esempio, von Bar e von Hippel accettavano entrambi l'equazione

⁷⁴ La formulazione più solida di questa teoria si deve probabilmente a H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 1 ss., 22 ss., 33 ss. Cfr. anche E. RUNCK, *Dolus eventualis. Ein Beitrag zur Schuldformenlehre*, Würzburg, 1929, 35 ss. Sulle versioni più recenti di tale impostazione, per tutti S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1999, 33 ss.;

⁷⁵ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch*¹⁸, cit., 191. Sono consapevole che la mia traduzione non rende giustizia né all'eleganza né alla struttura grammaticale dell'icastico passo di Frank. In ogni caso, mi sento di escludere che il sintagma *kann und mag* costituisca un'endiadi da tradurre semplicemente con «può», perché in R. FRANK, *Vorstellung und Wille*, cit., 217, il giudizio relativo al dolo eventuale suonava: «*der Erfolg kann eintreten*», e quindi bisogna valorizzare l'aggiunta del predicato *mag*. A questo punto, la difficoltà sta nel rendere le due diverse accezioni del concetto di possibilità, rispettivamente espresse dal verbo *können* (potere nel senso di essere oggettivamente possibile) e *mögen*, che in effetti nella forma impersonale *es mag* vuol dire «è possibile» (con una sfumatura soggettivo-ipotetica), ma che riferito a un soggetto assume il significato di volere, desiderare, piacere. È chiaro che nel passo tedesco il *mag* è riferito all'evento, mentre la mia traduzione lo ricollega all'agente: ma mi auguro di non aver tradito il senso della frase e soprattutto il pensiero di Frank, ossia che il dolo eventuale richiede non solo la previsione, ma anche un'adesione interiore alla realizzazione dell'evento previsto come possibile.

⁷⁶ Così invece R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, cit., 62. Addirittura, si è detto che «per i sostenitori delle teorie volitive che adottano la formula» di Frank dovrebbe «risuonare come un campanello d'allarme» la sua «posizione di fondatore della teoria della rappresentazione»: così, G. CERQUETTI, *Il dolo*, Torino, 2010, 267.

⁷⁷ Infatti, capita spesso di leggere l'affermazione, dettata probabilmente da un eccesso di sintesi, che la *Vorstellungstheorie* avrebbe preteso di edificare il concetto di dolo esclusivamente sul momento rappresentativo: cfr. ad esempio M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, Milano,

dolo=volontà dell'evento, ma la declinavano in modo diverso, tant'è che il primo si opponeva alla figura del dolo eventuale⁷⁸, mentre il secondo la difendeva⁷⁹; analogamente, uno studioso come von Almendingen poteva essere arruolato da von Hippel⁸⁰ tra le fila della *Willenstheorie* per aver parlato di volontà dell'evento⁸¹, e allo stesso tempo celebrato da Frank come «l'autentico fondatore scientifico della *Vorstellungstheorie*»⁸² per la tesi – tra l'altro avversata dallo stesso Frank – secondo la quale il dolo consisterebbe già nella previsione dell'evento in termini di possibilità⁸³.

Ebbene, in questo dibattito von Hippel si trovava «spalla a spalla» con Frank⁸⁴, dal momento che per entrambi era possibile imputare a titolo di dolo eventuale i casi di previsione in termini di dubbio, a condizione che quest'ultima, avendo esplicitato nei confronti dell'agente lo stesso ruolo di una previsione certa, esprimesse un analogo coefficiente di colpevolezza⁸⁵.

La storia editoriale del commentario di Frank consente anche di dire qualche parola in merito ai rapporti tra le due formule. Innanzitutto, non pare fondata l'idea che la seconda sarebbe un correttivo della prima⁸⁶, dato che inizialmente Frank le utilizzò per formulare concetti equivalenti. Né sembra corretto dire che tra le due non

2004, 435; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, G., Bologna, 2007, 389; A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, 2007, 89; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, P.G., Padova, 2013, 313. Deve però ammettersi che tale lettura semplificatoria era già affermata nel dibattito che accompagnò l'emanazione del codice Rocco (sul quale si veda G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 149 ss.). Invece, che le posizioni fossero molto più sfumate era ben chiaro ai tempi di Frank: basti pensare che W. v. ROHLAND, *Willenstheorie und Vorstellungstheorie im Strafrecht*, Freiburg im Breisgau, 1904, 3 ss., individuava ben tre filoni all'interno della *Vorstellungstheorie*. Più di recente, parla di teorie rappresentative 'forti' e 'deboli', G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 185 ss.

⁷⁸ L. VON BAR, *Dolus eventualis?*, cit., 534 ss.; L. VON BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 322 ss. Su posizioni analoghe, C. STOOS, *Dolus eventualis und Gefährdung*, in *ZStW*, 1895, 199 ss. Che il dolo eventuale non sia sempre stato dato per scontato, è un dato da tenere sempre a mente: cfr. J. DE FARIA COSTA, *Tentativa e dolo eventual*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, Coimbra, 1984, 698 ss.

⁷⁹ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 104 ss.; ID., *Vorsatz*, cit., 512 ss.

⁸⁰ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 4 e 151. *Contra*, L. VON BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 281 nota 14.

⁸¹ Cfr. ad esempio L. H. VON ALMENDINGEN, *Untersuchungen*, cit., 46.

⁸² R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 177; cfr. anche W. LACMANN, *Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, in *ZStW*, 1911, 145.

⁸³ Tra l'altro, L. H. VON ALMENDINGEN, *Untersuchungen*, cit., 18, affermava anche che il dolo era escluso dall'erroneo convincimento che l'evento non si sarebbe verificato: su questo passaggio, cfr. le considerazioni di K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 119-120.

⁸⁴ Così, K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 140, al termine di un istruttivo *excursus* che relativizza il contrasto tra *Vorstellungstheorie* e *Willenstheorie*.

⁸⁵ Sui punti di contatto tra Frank e von Hippel, cfr. F. EXNER, *Das Wesen*, cit., 128; A. BAUMGARTEN, *Der Aufbau der Verbrechenslehre. Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Strafrechtsverhältnisse*, Tübingen, 1913, 140; K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 139-140; A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, cit., 202-203; G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 182-183.

⁸⁶ Così invece G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 192; A. ROSS, *Über den Vorsatz. Studien zu dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung*, Baden-Baden, 1979, 87, il quale fa intendere che Frank avrebbe enunciato la seconda formula dopo aver rielaborato la prima in chiave processuale: ma le già segnalate differenze tra la 1ª e la 2ª edizione dello *Strafgesetzbuch* di Frank mostrano l'esatto contrario.

ci sarebbe nessuna differenza⁸⁷, se si considera la successiva declinazione della formula ipotetica in chiave processuale. Ma non appare adeguatamente rispettosa delle fonti neppure la tesi secondo la quale la seconda formula avrebbe «offuscato l'elemento emozionale-volitivo del dolo eventuale»⁸⁸, consentendo di imputare a titolo di dolo tutte le conseguenze previste come possibili⁸⁹. In effetti, la seconda formula presenta apparentemente due soli elementi strutturali, e cioè la rappresentazione in termini di possibilità («le cose possono stare così o altrimenti, andare così o altrimenti...») e l'azione («in ogni caso io agisco»)⁹⁰. Ma non appare metodologicamente corretto estrapolare la frase dal suo contesto⁹¹, e cioè dall'idea di Frank che il dolo eventuale sarebbe *qualcosa di più* dello stato di dubbio, e che tale stato psicologico potrebbe essere sinteticamente descritto dalla seconda formula, oppure da espressioni quali «consenso, approvazione, accordo»⁹².

Per comprendere meglio quest'ultima affermazione di Frank, va ricordato che a quei tempi era maggioritaria la c.d. teoria del consenso (o dell'approvazione: *Einwilligungs-* o *Billigungstheorie*)⁹³, secondo la quale nel dolo eventuale la previsione come possibile dovrebbe essere accompagnata da una peculiare presa di posizione nei confronti dell'evento: l'agente dovrebbe essere d'accordo con la sua realizzazione,

⁸⁷ Ipotizza tale identità, M. A. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, 167. Osserva C. ROXIN, *Strafrecht, A. T., I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 2006, 460-461, che con la sua seconda formula Frank non avrebbe voluto introdurre niente di nuovo rispetto alla prima: il che, ancora una volta, è plausibile per le prime edizioni del commentario, ma non tiene conto della successiva distinzione funzionale tra le due formule (tra l'altro non evidenziata da Roxin, secondo il quale Frank avrebbe conferito la funzione di *Erkenntismittel* a entrambe le formule).

⁸⁸ R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, cit., 64. Invece, più correttamente K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 100 e 134, osserva che in entrambe le formule di Frank sarebbe sempre presente un elemento (da Engisch definito) «emozionale» che le distingue dalle teorie rappresentative 'estreme'. Sul punto, cfr. anche il § 4.

⁸⁹ In tal senso, A. ROSS, *Über den Vorsatz*, cit., 88, con grande impegno argomentativo; M. A. SANCINETTI, *Teoría del delito*, cit., 167.

⁹⁰ R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, cit., 63.

⁹¹ Invece, secondo G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 194, «non sarebbe sbagliato sul piano storico-dogmatico che un sostenitore della teoria della rappresentazione, anche nella sua tesi forte (non emozionale) considerasse la seconda formula di Frank come un antecedente del proprio punto di vista»: ma non me la sento di condividere tale affermazione, nella misura in cui consente di utilizzare la seconda formula a sostegno di teorie che Frank aveva confutato (come ricorda lo stesso Pérez Barberá nella pagina citata). Analogo rilievo vale per A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, cit., 338, il quale dopo aver osservato che la seconda formula «è un modo di dire che può ricevere anche altre interpretazioni», afferma di dividerla «qualora la si intenda come effettivo atteggiamento volitivo in relazione all'evento»: altra tesi alla quale, come sappiamo, Frank si è sempre opposto.

⁹² Il collegamento tra la seconda formula e la teoria del consenso si trova in tutte le edizioni del commentario, a partire da R. FRANK, *Strafgesetzbuch*¹, cit., 90, fino a R. FRANK, *Strafgesetzbuch*¹⁸, cit., 190. Secondo H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 67, la seconda formula sarebbe stata «un ponte» tra la prima e la teoria del consenso. Ma a dire il vero già in R. FRANK, *Vorstellung und Wille*, cit., 211, si era proposto di sostituire l'espressione «consenso» con la prima formula (all'epoca, nella sua veste 'sostanziale').

⁹³ Sul punto, per tutti C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 452 ss., e qui gli indispensabili riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(*einverstanden gewesen sein*), ratificarlo (*sie genehmigt*), accettarlo (*in Kauf genommen*)⁹⁴, consentire ad esso (*in sie einwilligt*), approvarlo (*sie gebilligt*), ecc⁹⁵.

Questa precisazione ci consente di introdurre un'ipotesi ricostruttiva molto diffusa, e cioè che le formule di Frank sarebbero rispettivamente espressione della versione «ipotetica» (prima formula) o «positiva» (seconda formula) della teoria del consenso⁹⁶.

L'inquadramento del pensiero di Frank tra le teorie del consenso consente di evidenziarne la differenza rispetto alle concezioni che pretendevano di fondare il dolo esclusivamente sul momento rappresentativo, declinato a seconda dei casi in termini di possibilità (*Möglichkeitstheorie*) o di probabilità (*Wahrscheinlichkeitstheorie*)⁹⁷. Tuttavia, quando si parla di teoria «ipotetica» del consenso si vuole porre l'accento sulla critica forse più diffusa alla prima formula di Frank, e cioè che ai fini dell'accertamento del dolo conterebbe il comportamento reale dell'agente in rapporto al suo effettivo stato psicologico, e non quello che si sarebbe ipoteticamente avuto in presenza di una certezza soggettiva fittizia⁹⁸; neppure l'agente stesso sarebbe in grado di dire come si

⁹⁴ Oppure «si è rassegnato alla sua realizzazione», come proposto da R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, cit., 61 e da E. GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo eventual (1969-1972)*, in *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1990, 247 nota 16, e qui interessanti notizie sull'origine dell'espressione *in Kauf nehmen*.

⁹⁵ L'elenco di espressioni riconducibili a tale indirizzo è tratto da K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 92; cfr. anche R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 98-99. Ampie panoramiche sull'*Einwilligungstheorie* in H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 55 ss.; E. RUNCK, *Dolus eventualis*, cit., 15 ss.

⁹⁶ La distinzione, introdotta da H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 58 ss., deve probabilmente la sua fortunata diffusione a E. MEZGER, *Strafrecht*, Berlin, 1931, 344 ss. (e poi nelle edizioni successive); la riprendono, tra gli altri, G. BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale* (1938), in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, 375; H. SCHRÖDER, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs in Festschrift für Wilhelm Sauer*, Berlin, 1949, 233; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., 610; A. ROSS, *Über den Vorsatz*, cit., 87; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 47; G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 262 ss. Frequente nella dottrina portoghese la distinzione delle due formule in ipotetica e positiva (cfr. J. BELEZA DOS SANTOS, *Crimes*, cit., 33 nota 1; E. CORREIA, *Direito criminal*, I, Coimbra, 1963, 379 ss.; M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito penal português*, P.G., I, Lisboa, 1981, 482).

⁹⁷ A partire dalla 17ª edizione dello *Strafgesetzbuch*, 183 (18ª edizione, 191), lo stesso Frank qualificò la sua impostazione in termini di *Einwilligungstheorie* per prendere le distanze dalla *Wahrscheinlichkeitstheorie* di Grossmann.

⁹⁸ M. VON BURI, *Vorstellung und Wille*, cit., 244; J. WEISSMANN, *Der Thatbestand*, cit., 83 nota 189; J. C. W. THYREN, *Abhandlungen*, cit., 88 e 145. Il rilievo è stato riproposto innumerevoli volte: cfr. tra i tanti K. HAGEN, *Der Vorsatz und seine Feststellung*, in *ZStW*, 1899, 177 nota 53; L. VON BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 329; W. LACMANN, *Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes*, in *GA*, 1911, 158; K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, II-1, Leipzig, 1914, 397; A. COENDERS, *Zur Schuldlehre, insbesondere vom bedingter Vorsatz*, in *Gerichtssaal*, 1920, 306-307; F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947, 115; H. SCHRÖDER, *Aufbau*, cit., 234; A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, cit., 336; M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 792 (e successivamente *Id.*, *Appunti di diritto penale*, II-2, cit., 119); A. ROSS, *Über den Vorsatz*, cit., 87; I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW*, 1991, 4; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 12; O. TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht*, cit., 169; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 47-48; G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 251; R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, cit., 64; P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 142 nota 85; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 443; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, p.g., Bologna, 2009, 369 nota 76; G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 266; A.

sarebbe comportato in una situazione mentale diversa⁹⁹, sicché la formula porrebbe al giudice un quesito che solo il «buon Dio» saprebbe risolvere¹⁰⁰, con il rischio di trasformare l'accertamento della colpevolezza per il fatto in una prognosi di pericolosità del reo¹⁰¹.

Di tali critiche non si fece carico Frank, che si limitò a modificare il suo commentario nel modo già esaminato¹⁰², bensì von Hippel, il quale chiarì che il compito del giudice sarebbe quello di verificare se lo stato di dubbio ha avuto lo stesso significato pratico di un'ipotetica rappresentazione in termini di certezza, ma non se l'agente si è effettivamente posto questo problema al momento del fatto¹⁰³; che per esprimere l'equivalenza di significato pratico di tali stati psicologici si potrebbe dire: «in entrambi i casi la speranza del mancato verificarsi dell'evento non è stata un motivo decisivo per compiere l'azione»¹⁰⁴; che, nonostante la sua configurazione ipotetica, la prima formula mirerebbe «all'accertamento di relazioni psicologiche realmente esistenti»¹⁰⁵; che il giudizio ipotetico ad essa sotteso non sarebbe tanto diverso dalla teoria della *condicio sine qua non* in materia di causalità¹⁰⁶; che ai fini della prova del dolo si dovrebbe eliminare mentalmente la speranza del mancato verificarsi dell'evento¹⁰⁷, e domandarsi se, mantenendo inalterate le altre componenti del coefficiente soggettivo (*ceteris paribus*)¹⁰⁸, l'agente avrebbe agito ugualmente anche in caso di sicura rappresentazione dell'evento: una risposta positiva dimostrerebbe che la speranza *non* ha assunto un'influenza decisiva sulla dinamica volitiva, e che di conseguenza può parlarsi di dolo eventuale¹⁰⁹.

MANNA, *Corso di diritto penale*, Padova, 2012, 349; G. DE FRANCESCO, *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 2012, 1984; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 316.

⁹⁹ K. HAUSER, *Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz*, in *Gerichtssaal*, 1897, 178-179; M. E. MAYER, *Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, Leipzig, 1901, 173; L. VON BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 332; M. A. SANCINETTI, *Teoría*, cit., 165-166.

¹⁰⁰ A. LÖFFLER, *Die Körperverletzung*, in *Vergleichende Darstellungen des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, V*, Berlin, 1905, 368 in nota.

¹⁰¹ K. HAUSER, *Zur Lehre*, cit., 179; E. KOHLRAUSCH, *Die Schuld*, cit., 201; M. L. MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, Tübingen, 1912, 49.

¹⁰² Cfr. § 2.

¹⁰³ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 57 in nota, 113 nota 2, 136 nota 1; ID., *Vorsatz*, cit., 505 nota 3.

¹⁰⁴ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 121; ID., *Vorsatz*, cit., 506; ID., *Deutsches Strafrecht*, cit., 315. Se al contrario tale speranza ha fornito un motivo decisivo all'azione, si ha colpa cosciente (cfr. § 4).

¹⁰⁵ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 121; ID., *Vorsatz*, cit., 506 nota 2. Analogamente, J. BELEZA DOS SANTOS, *Crimes de moeda falsa*, in *Rev. Leg. Jur.*, 23 giugno 1934, 50; C. S. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, 1980, 396; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 181; A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 97.

¹⁰⁶ R. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, cit., 316. Il parallelo tra la teoria della causalità e quella del dolo è ampiamente sviluppato in R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 137 ss.; ID., *Vorsatz*, cit., 507 ss. In una prospettiva affine, W. LACMANN, *Wille und Wollen in ihrer Bedeutung für das Vorsatzproblem*, in *ZStW*, 1910, 767 ss. Da nella nostra dottrina, il tema è ripreso da L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., 142 ss.,

¹⁰⁷ Sempre presente nel caso di conseguenze possibili e non desiderate: R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 130; ID., *Vorsatz*, cit., 505; ID., *Deutsches Strafrecht*, cit., 314 in nota.

¹⁰⁸ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 114; ID., *Deutsches Strafrecht*, cit., 317 nota 1.

¹⁰⁹ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 122-123; ID., *Deutsches Strafrecht*, cit., 316. Non persuasive, da questo punto di vista, le critiche di K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 195 e A. ROSS, *Über den Vorsatz*, cit., 89: non c'è

Rinviando a un momento successivo l'analisi di questa tesi¹¹⁰, va innanzitutto sottolineato che nell'impostazione di von Hippel – e probabilmente in quella dello stesso Frank¹¹¹ – la prima formula non pretende di integrare la struttura del dolo eventuale con un ipotetico stato di certezza soggettiva, ma costituisce una *regola di giudizio* rivolta al *giudice* ai fini dell'accertamento del dolo eventuale: da questa prospettiva¹¹², non si può più affermare che la prima formula trasformerebbe il dolo eventuale in un dolo diretto¹¹³ virtuale¹¹⁴, né tantomeno che porterebbe a individuare «come requisito del dolo uno stato psichico di decisione ipotetica *ex post*, solo immaginato dall'interprete, in sostituzione del reale stato psichico *ex ante* richiesto dalla legge»¹¹⁵.

Poi, merita attenzione il paragone instaurato da von Hippel tra l'accertamento della causalità e quello del dolo. A ben vedere, la prima formula di Frank mostra

dubbio che il ragionamento di von Hippel implichi un'ipotesi (l'agente avrebbe agito anche in assenza della speranza di provocare l'evento?), ma non è detto che ciò diriga l'interprete verso un dato psicologico fittizio, come si dirà subito nel testo. Per inciso, già R. FRANK, *Vorstellung und Wille*, cit., 225, aveva osservato che «chi pensa di poter evitare l'evento lesivo, e in conseguenza di ciò ha agito, in generale non avrebbe agito se fosse stato certo dell'evento».

¹¹⁰ Cfr. § 4.

¹¹¹ Anche prima di chiarire che la prima formula non si proponeva di descrivere la struttura del dolo eventuale (R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch*⁸⁻¹⁰, cit., 142), Frank l'aveva comunque spiegata con espressioni – «consenso, approvazione, accordo» – che «possono riferirsi solo a processi psichici realmente esistenti, e non simulati ipoteticamente»: così, R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 117.

¹¹² Osserva a ragione W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, cit., 12 nota 42, che l'obiezione del giudizio ipotetico ha un peso diverso a seconda che la prima formula sia intesa in senso sostanziale o processuale. Cfr. anche R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di dolo eventuale*, in *Dir. pen. proc.*, numero speciale, *Dolo e colpa negli incidenti stradali*, 2011, 31.

¹¹³ In questo articolo l'espressione «dolo diretto» sarà intesa, in linea con l'uso linguistico maggioritario, per indicare il caso in cui la conseguenza accessoria allo scopo perseguito dall'agente è prevista in termini di sostanziale certezza (per un'accezione più ampia, comprensiva anche del dolo intenzionale, cfr. per tutti M. ROMANO, *Commentario*, cit., 440-441; in senso più ristretto, identificando dolo diretto e dolo intenzionale, cfr. invece A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 91).

¹¹⁴ Sul punto, G. DEMURO, *Sulla flessibilità*, cit., 150; G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit., 156; M. N. MASULLO, *Infortuni (mortalità)*, cit., 932. Osserva correttamente Ass. app. Torino, 28 febbraio 2013, cit., 301, che l'obiezione confonde «due piani che vanno tenuti distinti: quello della verifica ipotetica cui è chiamato il Giudice (ove si saggia il grado di resistenza della volontà dell'agente rispetto alla certezza di provocare l'evento) e quello effettivamente verificatosi, in cui l'agente ha in ogni caso tenuto la sua condotta nella previsione non certa dell'evento».

¹¹⁵ Così, G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 266, citando C. ROXIN, *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußster Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363 (1964)*, in ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, de Gruyter, Berlin-New York, 1973, 226 nota 55 (l'osservazione non è però ripresa in C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 460-461). Anche secondo M. A. SANCINETTI, *Teoria*, cit., 164, trasformare un dolo eventuale reale in uno di dolo diretto sarebbe un comodo espediente, «ma non serve a risolvere il caso reale».

diverse affinità con lo schema della *condicio sine qua non*¹¹⁶, e in particolare con il giudizio «controfattuale di secondo grado» inerente alla causalità omissiva¹¹⁷.

Secondo entrambi gli schemi bisogna innanzitutto capire *come sono andate realmente le cose*, nel primo caso individuando il decorso causale che ha *naturalisticamente* provocato l'evento¹¹⁸, nel secondo accertando che l'agente si sia *effettivamente* rappresentato in termini di possibilità gli elementi del fatto di reato¹¹⁹; in seguito si formula un periodo ipotetico dell'irrealtà, con una protasi in cui si *sostituisce* il dato reale con quello ipotetico (se l'azione doverosa fosse stata realizzata/se l'agente avesse previsto l'evento come sicuro)¹²⁰, e con un'apodosi in cui si traggono le conclusioni, che basandosi su premesse *diverse* da quelle reali saranno *sempre* ipotetiche: sia quando si dirà *contra factum* che l'evento non si sarebbe verificato o che il reo non avrebbe agito, sia quando si affermerà il contrario¹²¹; quanto alla struttura dei rispettivi giudizi ipotetici, si richiede una prognosi postuma *ex ante*¹²²: il giudice si proietta nel passato per chiedersi se, sostituito il dato reale con quello ipotetico, l'elemento inserito nell'apodosi si verificherà o meno; con tutto ciò si vuole accertare qualcosa di *distinto* dagli elementi ipotetici impiegati nel giudizio controfattuale, e cioè

¹¹⁶ Così, L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 181; A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 97; I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt*, cit., 3-4, seppure in chiave critica, avendo la studiosa tedesca sottoposto la formula della *condicio* a critica serrata: cfr. già I. PUPPE, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, in *ZStW*, 1980, 865 ss., e da ultimo I. PUPPE, *Strafrecht A.T.*, Baden-Baden, 2011, 29 ss.

¹¹⁷ Sulla natura «doppiamente ipotetica» del paradigma condizionalistico in ambito omissivo, fondamentale C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. Leg.*, 1992, 841-843. Alla tesi ha aderito anche F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico - chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, 1078 nota 69, che invece in un primo momento aveva sostenuto l'idea della totale identità strutturale dei giudizi controfattuali in materia di causalità (F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa; la condizione contingentemente necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1251 ss.).

¹¹⁸ Per tutti, G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 523 ss.

¹¹⁹ Che prima di formulare il giudizio ipotetico si debba accertare il *reale* stato psicologico dell'agente è affermato in maniera chiarissima già in R. FRANK, *Strafgesetzbuch*⁸⁻¹⁰, cit., 142 (nella 18ª edizione, 190).

¹²⁰ Ma sulla differenza tra i due tipi di sostituzione si tornerà alla fine del paragrafo.

¹²¹ Infatti, l'evento si realizzerà/il reo agirà comunque in un contesto diverso da quello reale, in cui l'azione doverosa è stata compiuta/si aveva la previsione sicura dell'evento.

¹²² Nel senso che la prima formula di Frank richiederebbe una valutazione «*ex ante e dal punto di vista dell'agente*», già F. VIGANÒ, *La giurisprudenza*, cit., § 3.4. Riprendendo lo schema concettuale di F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, 61 ss., 100 in nota, si può precisare che si tratta di giudizio *ex ante*, perché non si tiene conto delle circostanze successive al fatto oggetto del giudizio (la verifica dell'evento nella causalità omissiva; la realizzazione della condotta, nella prima formula di Frank); *prognostico*, perché occorre formulare appunto una previsione su un evento dannoso futuro, e *postumo* perché formulato al momento del processo. Per una più compiuta analisi strutturale, si rinvia al § 5. Su tali problematiche nell'ambito della causalità omissiva, ancora F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, Firenze, 2010, 236-238.

la causalità omissiva o il dolo eventuale¹²³; che poi questo *quid* assuma una consistenza *empirica*, oppure funga da criterio *normativo* di imputazione, è un altro discorso¹²⁴.

Giova spendere ancora qualche parola sulla prospettiva *ex ante* che caratterizza il giudizio ipotetico della prima formula. Dal momento che deve adottarsi il punto di vista dell'agente *al momento della condotta*, non conta ciò che egli potrebbe pensare *successivamente*, quando riflettendo su come sono andate le cose si dirà che avrebbe agito diversamente. Viene pertanto a cadere l'obiezione che la prima formula di Frank esigerebbe «una determinazione potenzialmente addirittura superiore allo stesso dolo intenzionale» perché «se dovessimo ripercorrere tante decisioni intenzionali tutti siamo in grado di ricordare vari casi in cui, dopo una scelta, lecita o illecita non importa, abbiamo pensato che non l'avremmo rifatta una seconda volta»¹²⁵: nel momento in cui facciamo una tale valutazione *dopo* una scelta, non possiamo certo negare che *al momento del fatto* la pensavamo diversamente¹²⁶.

Per impostare correttamente il giudizio ipotetico richiesto dalla prima formula, è fondamentale tener conto della clausola *ceteris paribus*. Ad esempio, fu obiettato a Frank che chi agisce in vista di un obiettivo, raffigurandosi però la possibilità di cagionare un evento lesivo collaterale, sicuramente non lo farebbe più nel momento in cui avesse la certezza di realizzare solo il secondo, e non il primo: ma ciò non basterebbe a escludere il dolo eventuale¹²⁷. Tuttavia, ragionando *ceteris paribus* non

¹²³ Mi pare sovrapporre i due aspetti, G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 269, secondo il quale «se si riconosce che indiscutibilmente la formula di Frank utilizza un giudizio ipotetico, essa intende individuare uno stato psichico che nella situazione reale in cui il soggetto ha agito non era riscontrabile – appunto – come reale».

¹²⁴ Su tale alternativa nel dibattito sulla causalità omissiva, per tutti F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva"*, cit., 221-223. Rispetto al dolo eventuale, basti ricordare che secondo A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 95 ss., la prima formula servirebbe come «criterio per determinare il contenuto del concetto normativo di dolo», mentre ad avviso di L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 181, accetterebbe «un atteggiamento psicologico particolare». Secondo A. MANNA, *Corso*, cit., 349, non si dovrebbe confondere un istituto di diritto sostanziale qual è la causalità omissiva con la prima formula di Frank, che invece fungerebbe da criterio probatorio (e in quanto tale dovrebbe «dimostrare la sussistenza di fatti reali e non di mere ipotesi»). Ma, a ben vedere, anche il giudizio controfattuale in materia di causalità omissiva non si identifica con la causalità stessa, ma funge da *criterio di accertamento*, proprio come la prima formula di Frank.

¹²⁵ M. DONINI, *Dolo eventuale*, cit., p. 2570. L'A. interpreta secondo la medesima logica *ex post* anche il caso di Lacmann (cfr. § 4), ritenendo che quest'ultimo starebbe a dimostrare che il quesito posto dalla protasi della prima formula sarebbe irrilevante, perché l'ipotetica astensione dell'agente potrebbe «dipendere da calcoli che non hanno a che vedere col dolo *ex ante*, ma solo col senno di poi legato a calcoli opportunistici». Ma se l'efficacia critica del caso di Lacmann (o dell'analogo esempio proposto da D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, 129, il quale contesta alla prima formula di Frank di escludere il dolo eventuale quando l'evento realizzato, che implica il fallimento del proposito criminoso, «con il senno di poi» avrebbe trattenuto il reo dall'azione) si riducesse a questo, basterebbe adottare la prospettiva *ex ante* suggerita nel testo per superare l'obiezione.

¹²⁶ Già R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 76, aveva sottolineato, in relazione alle conseguenze prese di mira dall'agente (sostanzialmente, il nostro dolo intenzionale), che «la rappresentazione del fatto come desiderabile» doveva sussistere al momento della decisione, e non dopo la realizzazione del fatto.

¹²⁷ Così, J. WEISSMANN, *Der Thatbestand*, cit., 83 nota 189, secondo il quale stabilire cosa avrebbe fatto l'agente conoscendo l'esito successivo potrebbe essere addirittura fuorviante. Oltre a quanto riportato nel testo, l'A. proponeva il caso di colui che avrebbe comunque agito in presenza di una previsione certa, ma

bisogna chiedersi se l'agente avrebbe agito anche nella previsione sicura *sia* dell'evento lesivo collaterale *sia* della mancata realizzazione di quello perseguito, ma piuttosto se l'agente avrebbe agito egualmente raffigurandosi come certo l'evento lesivo collaterale *in connessione* con quello perseguito¹²⁸.

Alla luce di tale precisazione, si può affrontare la più recente critica secondo la quale la prima formula potrebbe portare a soluzioni arbitrarie, perché sarebbero alcuni elementi *casuali* della protasi a influenzare la soluzione del quesito, se per l'agente sicuro dell'esito della sua azione aveva ancora senso intraprenderla. A chiarimento dell'assunto, si propone l'esempio di chi spara in direzione di una lepre, rappresentandosi la possibilità di colpire il battitore che stana la selvaggina: ebbene, se si ipotizzasse che l'agente al momento del fatto fosse certo di colpire il battitore *invece* che la lepre, la prima formula porterebbe ad escludere il dolo eventuale, perché il cacciatore vuole un arrosto di lepre, e non ha interesse a colpire il battitore (e quindi probabilmente non avrebbe agito); se al contrario si ipotizzasse che l'agente fosse certo di colpire, *oltre* alla lepre, *anche* il battitore, allora si potrebbe configurare il dolo eventuale (qui si potrebbe dire che il reo avrebbe agito comunque)¹²⁹.

Ma a ben vedere la clausola del *ceteris paribus* indica che l'unica domanda da prendere in considerazione è la seconda, e cioè se il cacciatore avrebbe agito anche nella certezza di colpire il battitore *pur* di ottenere il tanto desiderato arrosto di lepre¹³⁰.

Insomma, non ci sono ragioni di principio per bandire i ragionamenti ipotetici dallo strumentario concettuale del penalista¹³¹, considerando che sia le scienze empiriche sia quelle sociali ne fanno utilizzo¹³². Ciò nonostante, i giudizi controfattuali non sono tutti uguali¹³³, variando la loro complessità – e la loro problematicità – a seconda del numero e della tipologia delle formulazioni ipotetiche.

nella speranza di non realizzare l'evento collaterale: in questo caso, sarebbe stata configurabile solo la colpa cosciente. A tal riguardo, R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 119-120, rispose che una tale speranza potrebbe certo esistere, ma difficilmente assurgere al rango di motivo decisivo per agire (e quindi tale da escludere, secondo la sua concezione, il dolo eventuale).

¹²⁸ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 120 nota 1.

¹²⁹ G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 274.

¹³⁰ L'esempio del battitore è un 'classico' della dottrina del dolo eventuale: lo troviamo già in M. VON BURI, *Ueber die Begriffe des Vorsatzes und der Handlung*, in *Gerichtssaal*, 1889, 427-428; ID., *Vorstellung*, cit., 245, secondo il quale ci sarebbe dolo eventuale solo quando il cacciatore si rappresenta la possibilità di colpire *sia* il battitore *sia* l'animale (nell'esempio di von Buri, un capriolo).

¹³¹ Del resto, come ricorda A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 98, anche l'imputazione del reato colposo sottintende un giudizio controfattuale nel momento in cui si verifica se l'adempimento della regola cautelare avrebbe consentito di evitare l'evento lesivo (c.d. problema del comportamento alternativo lecito).

¹³² Cfr. M^a DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, 174; G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 191. Secondo S. ALEO, *Diritto penale*, p.g., Padova, 2010, 286-287, la prima formula andrebbe respinta perché fondata «fonda su un'ipotesi [...] che, come tale, non può costituire dunque un criterio di verificabilità empirica»: ma come si dirà subito nel testo, il profilo problematico non è costituito dall'ipotesi «come tale», ma dalla sua plausibilità assiologica e dai criteri in base ai quali corroborarla in modo convincente.

¹³³ Di ciò non sembra tener conto G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 269, nel momento in cui contesta il parallelo tra la formula di Frank e l'accertamento della causalità, osservando che nel primo caso «le condizioni, gli anelli causali, l'evento che tale rapporto 'collega' – e che non integrano un 'rapporto' – sono tutti certamente da riscontrare nella realtà». Che la prima formula di Frank implichi un maggior numero di

Ad esempio, nella protasi del periodo ipotetico relativo alla causalità omissiva la sostituzione del dato noto con quello fittizio consiste più precisamente nell'*aggiunta* dell'azione doverosa omessa, ricavata a sua volta dalla posizione di garanzia (e dall'obbligo di diligenza nei reati omissivi colposi): il che comporta una serie di problemi – assenti nella causalità commissiva – relativi alla descrizione dell'azione impeditiva, alla sua efficacia condizionante, ecc.¹³⁴. Invece, nella protasi della prima formula di Frank l'elemento ipotetico è *eterogeneo* rispetto a quello reale, dal momento che l'agire in una condizione di certezza e l'agire in una condizione di dubbio sono situazioni diverse sul piano sia teorico sia pratico¹³⁵. Da ciò si potrebbe trarre la conclusione che «se l'agente è capace di fronte a una determinata situazione e quella situazione pone in essere, non ha importanza il fatto che non sarebbe stato capace di fronte a una situazione diversa. Ragionare diversamente sarebbe come dire che Tizio non è capace di fare un chilometro a piedi, sol perché non è capace di farne cinquanta»¹³⁶.

Inoltre, non va dimenticato che la prima formula richiede un giudizio ipotetico di tipo *predittivo*, orientato verso il futuro (come si sarebbe comportato l'agente se...) ¹³⁷, e non già *esplicativo*, rivolto al passato: l'interprete viene pertanto proiettato in una realtà virtuale, e si sa che «i possibili mondi ipotetici sono tanti, il che ci costringe a individuare il mondo controfattuale al quale deve riferirsi l'indagine giudiziaria»¹³⁸.

Tutto ciò fa emergere due filoni d'indagine: innanzitutto, occorre descrivere con maggiore attenzione i connotati del concetto sostanziale di dolo che la prima formula di Frank è chiamata ad accertare; poi, bisogna fornire all'interprete gli strumenti per

elementi ipotetici rispetto alla teoria condizionalistica, è senz'altro vero: ma ciò non esclude la possibilità di includerla nel novero dei ragionamenti controfattuali, considerando che a ben vedere anche le ipotesi più semplici di *condicio sine qua non* devono comunque avvalersi di elementi irreali (cfr. M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 518-519).

¹³⁴ Ancora C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., p. 843-845. Sui recenti sviluppi del dibattito, la letteratura è ovviamente sterminata: basti in questa sede il rinvio ai contributi raccolti in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale*, cit., 75-278.

¹³⁵ G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 274; G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit., 156. Ma già F. ALIMENA, *La colpa*, cit., 115. Cfr. anche T. BRESLAUER, *Über die Abgrenzung der strafrechtlichen Schuldformen*, Noske, Leipzig, 1911, 32, secondo il quale il dolo sarebbe la risultante di almeno quattro fattori (il valore attribuito all'evento perseguito e alla conseguenza collaterale lesiva; i rispettivi livelli di rappresentazione): di conseguenza, l'innalzamento ipotetico del coefficiente cognitivo relativo all'evento collaterale comporterebbe, a parità delle altre componenti, un'inevitabile variazione del grado del dolo. Da ultimo, M. N. MASULLO, *Infortuni (mortalità)*, cit., 932, osserva che partendo dalla prospettiva della prima formula non si comprenderebbe «in cosa si differenzerebbe l'atteggiamento volitivo nel dolo eventuale e nel dolo diretto - entrambi in sostanza sorretti da una piena volontà di cagionare l'evento - e soprattutto come sia possibile che la volontà di cagionare l'evento possa (e debba) restare ugualmente *salda e determinata* invece che affievolirsi per effetto del diverso livello di previsione». Si tratta pertanto di spiegare il modo in cui l'equiparazione ipotetica tra certo e possibile consente di cogliere quel *quid* che è proprio del dolo, e non della colpa (cfr. § 4).

¹³⁶ F. ALIMENA, *La colpa*, cit., 115.

¹³⁷ L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 119 e 179, parla (popperianamente) di previsione.

¹³⁸ Così F. STELLA, *Causalità omissiva*, cit., 1079.

formulare la prognosi sull'ipotetico comportamento dell'agente in condizioni di certezza soggettiva. Cominciamo dal primo tema.

4. Formule di Frank e principi dell'imputazione dolosa.

Come sappiamo, secondo Frank il coefficiente di colpevolezza/rimproverabilità del dolo consisterebbe nel non essersi lasciati distogliere dalla rappresentazione delle conseguenze antiggiuridiche della propria condotta (o addirittura nell'essersi lasciati motivare dalle stesse)¹³⁹. In questa prospettiva, il giudizio ipotetico servirebbe appunto a verificare se lo stato di dubbio esprima o meno il medesimo disvalore della certezza soggettiva, nel senso che per il reo sarebbe indifferente la conoscenza sicura o probabile di un presupposto del reato oppure dell'esito delle proprie azioni, tanto da dirsi: «le cose possono stare così o altrimenti, andare così o altrimenti, in ogni caso io agisco»¹⁴⁰.

Mentre alcuni hanno espresso il loro apprezzamento per questa seconda formula, che estirpando «il dente avvelenato ipotetico» della prima¹⁴¹ sarebbe finalmente riuscita a caratterizzare il dolo in termini di coefficiente psicologico effettivo¹⁴², altri sono stati decisamente più critici. La seconda formula avrebbe «peggiolato» la prima, perché il giudice dovrebbe non solo accertare un determinato fatto psichico (*ein bestimmter psychischen Thatbestand*) – ossia se la rappresentazione del possibile ha avuto il medesimo significato pratico della rappresentazione del certo –, ma anche la valutazione di tale fatto operata *dall'agente*¹⁴³; ma nella realtà convulsa delle dinamiche esistenziali quest'ultimo potrebbe non avere il tempo di sviluppare una riflessione così articolata: di conseguenza, salvo attribuirgli una valutazione che in realtà non c'è mai stata, «in molti casi della vita, se non nella grande maggioranza, il reo non dice quello che Frank gli fa dire»¹⁴⁴.

Inoltre, in alcune circostanze la seconda formula parrebbe addirittura contraddire la prima. Per un verso, chi antepone il raggiungimento del proprio interesse egoistico alla potenziale lesione di un bene giuridico, ritenendo però quest'ultima assai improbabile, non si dirà «le cose possono stare così o altrimenti, andare così o altrimenti, in ogni caso io agisco» (seguendo la seconda formula, colpa cosciente), anche se probabilmente si comporterebbe allo stesso modo in caso di sicura previsione dell'evento lesivo (seguendo la prima formula, dolo eventuale); per un altro,

¹³⁹ Non condivisibile, pertanto, la ricostruzione di A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà*, cit., 29, secondo il quale per Frank l'«essenza del dolo è nell'influsso causale della rappresentazione sull'azione della volontà». Ciò invece vale per von Hippel, come si vedrà nel corso di questo paragrafo.

¹⁴⁰ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch*¹⁸, cit., 190.

¹⁴¹ Per usare l'efficace espressione di H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 67.

¹⁴² E. KOHLRAUSCH, *Die Schuld*, cit., 201; H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 61; RUNCK, *Dolus eventualis*, cit., 18. *Contra*, nel senso che anche la seconda formula conserverebbe un carattere ipotetico, A. ROSS, *Über den Vorsatz*, cit., 88-89.

¹⁴³ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 57 in nota.

¹⁴⁴ A. COENDERS, *Zur Schuldlehre*, cit., 306-307; in termini analoghi, A. ROSS, *Über den Vorsatz*, cit., 89.

chi attribuisce maggiore importanza all'evento lesivo collaterale, in misura tale che in caso di sicura previsione dell'evento non agirebbe (seguendo la prima formula, colpa cosciente), potrebbe trovarsi in una situazione tale da dirsi: «per me è uguale (*Mir ist alles einerlei*)» (seguendo la seconda formula, dolo eventuale)¹⁴⁵, comportandosi come quell'evaso che, braccato dagli inseguitori, esclama appunto: «uccidetemi, non mi interessa! (*Schießen Sie mich tot, mir ist es einerlei*)»¹⁴⁶.

Da qui la proposta interpretativa di considerare – in contrasto stavolta con l'opinione 'ufficiale' di Frank – anche la seconda formula in chiave processuale, come indizio dell'indifferenza dell'agente rispetto alle conseguenze della propria condotta¹⁴⁷. Sennonché, tale impostazione non si nasconde che lo schema della seconda formula potrebbe ricomprendere situazioni psicologiche diverse¹⁴⁸, e non tutte portatrici del medesimo coefficiente di disvalore: quella di chi è davvero indifferente all'esito della sua condotta; quella di chi ha la capacità di dominare la tensione dovuta all'incertezza; quella di chi, privo di sangue freddo, si inganna con la speranza (infondata) che l'evento non si realizzerà; infine, quella di chi non riesce a dominare la tensione, ma allo stesso tempo è troppo onesto con se stesso per cullarsi in speranze infondate, e attua in modo inconscio una strategia psicologica di rimozione del problema¹⁴⁹.

Insomma, non si può dire che la seconda formula di Frank sia capace di illustrare con la dovuta chiarezza il concetto sostanziale che la prima dovrebbe contribuire a provare¹⁵⁰. A ben vedere, neppure la transizione della formula ipotetica

¹⁴⁵ H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 69-70.

¹⁴⁶ L'esempio dell'evaso, che serve ad introdurre il meccanismo psicologico della rimozione, si trova in H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 65.

¹⁴⁷ K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 204-205.

¹⁴⁸ Sull'ampiezza degli stati psichici riconducibili alla teoria positiva del consenso, H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 63 ss. Prezioso lo schema riassuntivo di K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 205-206.

¹⁴⁹ Beninteso, il coefficiente di disvalore di tali fatti psichici cambia a seconda del paradigma di colpevolezza utilizzato. Ad esempio, secondo K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 207, la strategia di rimozione potrebbe essere indice dell'elevata considerazione dell'agente per il bene giuridico oggetto di lesione potenziale, e quindi non esprimere quella indifferenza che, secondo l'illustre A., costituisce la reale essenza del dolo. Ma se invece si parte dal presupposto che «non si ha colpevolezza perché ci sono la conoscenza degli estremi del fatto tipico e la coscienza dell'illiceità, ma perché manca la fedeltà al diritto» (G. JAKOBS, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus* in *ZStW*, 2002, 586), può anche apparire incomprensibile l'esclusione del dolo nel caso del terrorista al volante che sfonda un blocco stradale senza essere nemmeno sfiorato dal dubbio di uccidere un poliziotto (esempio simile già in G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 259, dove però – segno dei tempi! – l'automobilista era un ubriaco; cfr. anche H. H. LESCH, *Dolus directus, indirectus und eventualis*, *JA*, 802-803). Con ciò non si vuole certo aderire alla contestata concezione sistemico-funzionale dello studioso tedesco, ma solo osservare che la colpevolezza può oscillare tra una dimensione empirico-descrittiva e una normativo-ascrittiva, e quindi non è sempre chiaro quando debba prevalere il dato psicologico e quando invece quello valutativo (per qualche spunto, volendo, G. GENTILE, *Un'aggravante per i reati culturalmente motivati?*, cit., 68 ss.).

¹⁵⁰ Sul punto, M. MASUCCI, *'Fatto' e 'valore' nella definizione del dolo*, Giappichelli, Torino, 2004, 40 in nota, secondo il quale «l'insistenza con cui Frank ribadisce la "dimostrabilità" della nozione da lui offerta del dolo eventuale sembra avere la funzione di bilanciare la non raggiunta completezza dell'indagine sui criteri che dovrebbero precisare l'equivalenza tra la rappresentazione della possibilità e quella della certezza del realizzarsi della fattispecie: nel senso, appunto, che alla nozione sostanziale si affianca quella

da criterio descrittivo a strumento conoscitivo è perfettamente riuscita, perché se andiamo a rileggere lo scritto sulla costruzione del concetto di colpevolezza del 1907 ci accorgiamo che nel dolo eventuale la differenza tra certo e probabile è priva di significato per l'agente *perché in ogni caso egli avrebbe agito* (prima formula in chiave 'sostanziale'), mentre nella colpa cosciente spera oppure è convinto che l'evento non si verificherà¹⁵¹. Invece nelle edizioni successive del commentario Frank si limita a dire che nel dolo eventuale il livello del coefficiente cognitivo è indifferente per la formazione della volontà senza più spiegare il *perché*, insistendo invece sulla *dimostrabilità* di tale dato psichico (prima formula in chiave processuale). Ma in questo modo abbiamo un concetto sostanziale dai contorni indefiniti, potendo la nozione di indifferenza ricomprendere stati psichici espressivi di diverso disvalore, e uno strumento processuale privo di una *ratio* riconoscibile, non avendo Frank spiegato *perché* l'ipotetico agire in condizioni di certezza soggettiva sarebbe indice di quel «consenso, approvazione, accordo» che costituirebbe l'elemento *differenziale* tra dolo eventuale e colpa cosciente. Né ci giunge in soccorso la 'quarta formula'¹⁵², inserita nell'ultima edizione del commentario («l'agente si dice: è possibile che l'evento accada e acconsento alla sua verifica»¹⁵³): analogamente all'indifferenza¹⁵⁴, anche il consenso, l'approvazione, l'adesione interiore, ecc. sono tutti stati emozionali¹⁵⁵

di una situazione suscettibile di prova, la quale, senza sostituirsi alla prima, dovrebbe completarla e renderla esperibile».

¹⁵¹ R. FRANK, *Über den Aufbau*, cit., 545. Nella coeva edizione dello *Strafgesetzbuch*⁵⁻⁷, cit., 133, si legge che lo stato di dubbio potrebbe avere un «contenuto negativo» e uno positivo, e che sarebbe la prevalenza del primo a escludere il dolo: come nel caso di chi spara al toro che sta per travolgere un bambino, consapevole della possibilità di colpire quest'ultimo, ma alla fine convinto che ciò non accadrà. Ma in questo modo ci si incammina lungo una strada – la tesi della 'previsione negativa' di M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi urb.*, 1951-1952, 220-221; M. GALLO, voce *Dolo*, cit., 792; M. GALLO, *Appunti*, II-2, cit., 121 – che può portare ad un esito interpretativo opposto a quanto Frank ha sempre sostenuto, e cioè l'equivalenza tra dubbio e dolo. Forse è per questo motivo che il passo sarà presente solo nell'edizione successiva dello *Strafgesetzbuch*⁸⁻¹⁰, cit., 142, per poi scomparire. A conferma dell'ipotesi giova riprendere la variante dell'esempio in esame formulata nella 18ª edizione del commentario (cfr. § 2, all'ultimo capoverso). Nel criticare la *Wahrscheinlichkeitstheorie*, Frank osserva che chi spara al toro, e riesce nel suo intento, non deve rispondere di omicidio tentato pur essersi rappresentata la probabilità di colpire anche l'uomo: qui non si parla più di previsione negativa, e il motivo implicito dell'esclusione del tentato omicidio è dato dalla *Einwilligungstheorie*, ossia dalla mancanza dell'adesione interiore all'evento lesivo.

¹⁵² Quarta se si considera come terza formula il già ricordato (cfr. § 2) seguente passo, presente solo nelle prime edizioni del commentario: «Se invece l'agente si dice: se io sapessi che così dovrebbe essere o andare, mi asterrai dall'agire – allora il dolo eventuale non sussiste, e si può parlare al massimo di colpa».

¹⁵³ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch*¹⁸, cit., 191 (cfr. l'ultimo capoverso del § 2).

¹⁵⁴ Ha ricollegato la prima formula di Frank alla nozione di *Gleichgültigkeit*, K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 197 ss.

¹⁵⁵ Se davvero di questo si tratta, e non piuttosto di criteri normativi di imputazione: sul punto, L. EUSEBI, *La prevenzione dell'elemento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 977; I. PUPPE, *Strafrecht A.T.*, I, *Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld*, Baden-Baden, 2002, 295 (ma non nella seconda edizione del manuale, che ha un taglio più didattico).

suscettibili di declinazioni diverse, dal vero e proprio compiacimento¹⁵⁶ a un atteggiamento più 'neutrale', compatibile persino con un rifiuto emozionale dell'evento¹⁵⁷.

Più articolata, invece, la spiegazione del meccanismo della prima formula offerta da von Hippel¹⁵⁸. Lo studioso muove dalla constatazione che il linguaggio comune sarebbe impreciso, e quindi l'espressione «volontà dell'evento» non potrebbe fornire soluzioni chiare nelle questioni 'di confine' tra dolo e colpa¹⁵⁹. Da ciò la necessità di procedere in maniera «induttiva»¹⁶⁰, analizzando a fondo i casi in cui, secondo il linguaggio comune, «è sicura» la volontà di un certo evento (ossia quando quest'ultimo è preso di mira), per poi passare agli altri, più problematici (eventi sgraditi, indifferenti). Ebbene, quando l'agente prende di mira alcune conseguenze, o le valuta positivamente¹⁶¹, la rappresentazione di queste ultime eserciterebbe un influsso *causale* sulla formazione della risoluzione volitiva (*Willensentschluss*): nessun dubbio che tali conseguenze vadano ascritte a titolo di dolo (nella terminologia di von Hippel, diretto¹⁶²). Avrebbero un'analogia influenza anche le conseguenze sgradite o indifferenti, perché seguendo lo schema della causalità omissiva alla rappresentazione di queste c.d. condizioni non impedienti *dovrebbe* sostituirsi la rappresentazione di condizioni *impedienti*, tali da paralizzare la risoluzione volitiva¹⁶³.

Ebbene, un tale obbligo sussisterebbe sempre quando le conseguenze sgradite o indifferenti sono *necessariamente* collegate a quelle prese di mira o valutate

¹⁵⁶ Ma in questo modo il dolo eventuale si trasformerebbe in una sorta di dolo intenzionale: così, tra gli altri, C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 453; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 46.

¹⁵⁷ Come fu stabilito nel 1955 in BGHSt 21, 369, la celebre decisione relativa al c.d. caso della cinghia di cuoio (*Lederriemenfall*), si avrebbe approvazione «in senso giuridico» anche quando l'evento non è desiderato: che in questo modo si attribuisca al predicato *billigen* (approvare, appunto) un significato ben diverso da quello che gli è proprio nel linguaggio comune, è ben evidenziato, tra gli altri, da A. ROSS, *Über den Vorsatz*, cit., p. 103 e da W. HASSEMER, *Kennzeichen des Vorsatzes*, (1989), trad. it., *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 1991, 491 nota 46. Su tale decisione, oltre al sempre prezioso commento di C. ROXIN, *Zur Abgrenzung*, cit., 209 ss., cfr. per tutti R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, cit., p. 84-88, e qui altri riferimenti.

¹⁵⁸ Per un'analisi critica, si rinvia a E. KOHLRAUSCH, *Die Schuld*, cit., 202 ss.; T. BRESLAUER, *Über die Abgrenzung*, cit., 16 ss.; A. LÖFFLER, *Die Abgrenzung*, cit., 135 ss.; W. LACMANN, *Wille und Wollen*, cit., 789 ss.; ID., *Die Abgrenzung*, cit., 157 ss.; H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 79 ss.; A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà*, cit., 56 ss.

¹⁵⁹ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 41-42 e 105.

¹⁶⁰ R. VON HIPPEL, *Vorsatz*, cit., 513.

¹⁶¹ Negli esempi proposti da R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 77 nota 1; ID., *Vorsatz*, cit., 492 nota 1, non è sempre chiara la differenza tra conseguenza dell'azione e motivo (sulla decisione di scalare una montagna avrebbe un influsso decisivo il godimento della vista, coadiuvante la ricerca di fiori rari; sulla decisione di accoltellare qualcuno avrebbe un influsso decisivo l'odio per il rivale, coadiuvante la stima degli altri soldati, ecc.). In ogni caso, la differenza tra le conseguenze prese di mira e quelle valutate positivamente sarebbe che solo la mancata rappresentazione delle prime farebbe venir meno la risoluzione volitiva. Da qui la critica di A. LÖFFLER, *Die Abgrenzung*, cit., 143 nota 32, che le conseguenze coadiuvanti non sarebbero vere e proprie «condizioni» nell'accezione propria della *condicio sine qua non*, proprio perché potrebbero essere eliminate senza che l'evento (qui, la risoluzione volitiva) venga meno.

¹⁶² L'espressione comprende in questo caso sia le conseguenze prese di mira, sia quelle rappresentate in termini di certezza: R. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, cit., 311.

¹⁶³ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 139-140; ID., *Vorsatz*, cit., 507-508.

positivamente¹⁶⁴. Invece, quando le conseguenze indifferenti o sgradite sono previste come *possibili*, bisognerebbe distinguere: vi sarebbe dolo eventuale quando l'agente preferisce alla rinuncia dei propri interessi il verificarsi dell'evento preso di mira *assieme* alla conseguenza lesiva collaterale, colpa cosciente quando la speranza che l'evento non si sarebbe verificato ha fornito il motivo determinante per intraprendere l'azione¹⁶⁵; tale speranza non potrebbe mai essere decisiva nel caso delle conseguenze indifferenti¹⁶⁶, mentre nel caso di quelle sgradite andrebbe utilizzata la prima formula di Frank, secondo il ragionamento controfattuale già illustrato¹⁶⁷; bisognerebbe pertanto eliminare mentalmente la speranza che l'evento non si verifichi (in una certa misura sempre presente nel caso delle conseguenze sgradite), e domandarsi se l'agente avrebbe agito ugualmente pur sapendo di realizzare con certezza gli estremi del fatto di reato: in caso di risposta positiva, il dolo eventuale sarebbe provato perché la speranza non avrebbe avuto un'influenza decisiva sulla condotta dell'agente¹⁶⁸; insomma, sia nel dolo eventuale, sia nella colpa cosciente l'agente si rappresenta come possibili alcune conseguenze sgradite, e ciò nonostante agisce: la differenza starebbe nel fatto che nel dolo eventuale l'agente antepone i propri interessi all'eventualità di infrangere l'ordinamento giuridico, e questa scelta esprime *egoismo*; nella colpa cosciente, invece, è decisiva la speranza che l'evento lesivo collaterale non si verificherà, e quindi non si avrebbe più egoismo, ma solo *leggerezza*¹⁶⁹.

Per quanto attiene alle premesse metodologiche, la tesi esposta ha colto l'ambiguità di fondo che nasconde l'apparentemente univoca nozione di «volontà dell'evento»¹⁷⁰.

Già sotto il profilo semantico¹⁷¹, infatti, si definisce talvolta 'voluto' non solo il risultato preso di mira, ma anche quello che consegue a una situazione rischiosa alla quale l'agente si sia sconsideratamente esposto¹⁷²: «*Tu l'as voulu, Georges Dandin!*»¹⁷³, amavano ripetere i colleghi di Frank e von Hippel¹⁷⁴.

¹⁶⁴ R. VON HIPPEL, *Vorsatz*, cit., 494; ID., *Deutsches Strafrecht*, cit., 310-311. Tale connessione necessaria si avrebbe in tre casi: quando tra la conseguenza sgradita è quella desiderata sussiste un rapporto di mezzo a fine (per scalare una montagna bisogna affrontare un impervio tragitto); quando la prima è accessoria alla seconda (la sosta in uno scomodo rifugio); quando la prima è un'ulteriore conseguenza della seconda (il tragitto di ritorno).

¹⁶⁵ R. VON HIPPEL, *Vorsatz*, cit., 506; ID., *Deutsches Strafrecht*, cit., 313.

¹⁶⁶ R. VON HIPPEL, *Vorsatz*, cit., 502; ID., *Deutsches Strafrecht*, cit., 315. Infatti, se per il soggetto la verifica dell'evento è indifferente, di certo non spererà nella sua mancata realizzazione.

¹⁶⁷ Cfr. § 3.

¹⁶⁸ R. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, cit., 316.

¹⁶⁹ R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, cit., 141-143; ID., *Vorsatz*, cit., 509-501; ID., *Deutsches Strafrecht*, cit., 317.

¹⁷⁰ Un'ampia ricognizione storico-filosofica dei diversi fenomeni ricondotti a tale concetto in C.-F. STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht. Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik*, Berlin, 2007, 211 ss.

¹⁷¹ Pone l'accento sui rischi di una dogmatica appiattita sulla lingua corrente, «meno ricca e meno precisa del linguaggio giuridico specialistico», W. HASSEMER, *Kennzeichen*, trad. it. cit., 487 nota 30. Sulle differenze tra i due linguaggi cfr. anche W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, cit., 259 e K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 30.

¹⁷² Cfr. ad esempio E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch*, in *Festschrift für Dietrich Oehler*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, 139; I. PUPPE, § 15/24, in *Nomos Kommentar-*

Se poi consideriamo gli esiti interpretativi diametralmente opposti ai quali sono recentemente giunti gli studiosi che hanno affrontato il tema del dolo con l'ausilio delle discipline extragiuridiche¹⁷⁵, una chiara nozione di volontà non pare emergere neppure dalla psicologia e dalla filosofia: da un lato si sostiene infatti che «la consolidata e dominante psicologia scientifica utilizza il termine 'volontà' dell'evento (o delle conseguenze dell'azione) [...] con riferimento sia all'evento intenzionale, sia all'evento previsto come conseguenza della propria azione certa, o anche probabile e possibile, purché "secondo l'intenzione"»¹⁷⁶; dall'altro, al contrario, che la volontà sarebbe intesa come «orientamento dell'individuo ad un risultato, nei termini non già di un puro desiderio, ma di un concreto attivarsi (o di un altrettanto finalizzato 'non' attivarsi) per il conseguimento di uno scopo»¹⁷⁷.

Insomma, abbiamo a disposizione *due* possibili accezioni del termine «volontà», l'una («psicologico-descrittiva») secondo la quale *solo* i risultati intenzionalmente perseguiti sono voluti, l'altra («ascrittivo-normativa») che ricomprende anche le conseguenze sgradite, purché rappresentate¹⁷⁸.

Strafgesetzbuch, Baden-Baden, 2010, 605. Se si ammette l'ambiguità descritta, non si può più dirsi con certezza che il dolo eventuale sarebbe un'estensione analogica della nozione di volontà (così invece A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, 2011, 206 ss.).

¹⁷³ MOLIERE, *George Dandin ou le Mari confondu* (1668), Atto I, scena VII, dove si legge: «*Vous l'avez voulu, vous l'avez voulu, George Dandin, vous l'avez voulu, cela vous sied fort bien, et vous voilà ajusté comme il faut; vous avez justement ce que vous mérite* (l'hai voluto tu, George Dandin, l'hai voluto tu, l'hai voluto tu, ti sta bene, ed eccoti servito come si deve; hai proprio quello che ti meriti)». La battuta, diventata proverbiale nella forma riportata nel testo, è pronunciata dal protagonista George Dandin dopo che non è riuscito a dimostrare il tradimento della bella moglie.

¹⁷⁴ Cfr. ad esempio C. STOOS, *Dolus eventualis*, cit., 200; M. FINZI, «*Previsione senza volizione*», cit., 166 (a proposito delle conseguenze sgradite, ma necessariamente collegate a quelle perseguite); L. VON BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 338 (osservando che solo «nel senso volgare» della celebre battuta si potrebbe ricomprendere il dolo eventuale nella nozione di volontà); F. SCHAFFSTEIN, *Die Behandlung der Schuldarten im ausländischen Strafrecht seit 1908*, Breslau, 1928, 5 (secondo il quale i penalisti italiani di inizio novecento intendevano la parola «volere» nell'accezione usata da Molière); di recente, I. PUPPE, § 15/24, cit., 605. Contro l'utilizzo 'metaforico' dell'espressione si era già espresso K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 223.

¹⁷⁵ Si allude alle già citate monografie di L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 13 ss. e di G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 51 ss., 63 ss. Non si include in questo discorso la monografia di E. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, 30 ss., 42 ss., 137 ss., nella quale il sapere extragiuridico è funzionale a superare il «dogma della volontà». Esprime perplessità sul ricorso ad altre scienze per la definizione dell'essenza psicologica del dolo, G. P. DEMURO, *Il dolo*, II, *L'accertamento*, Milano, 2010, 78 ss.

¹⁷⁶ G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 72.

¹⁷⁷ L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 27. Cfr. anche M. RONCO, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, cit., 1197.

¹⁷⁸ I. PUPPE, § 15/23, cit., 604. In senso conforme, H. OTTO, *Der Vorsatz*, in *Jura*, 1996, 470. Nel momento in cui si accoglie questa premessa, è inevitabile ammettere che già nel dolo diretto siamo di fronte a un'estensione *normativa* del concetto (psicologico-descrittivo) di volontà: per questa conclusione, già A. LÖFFLER, *Die Abgrenzung*, cit., 140; M. FINZI, «*Previsione senza volizione*», cit., 166; K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 230; M. GALLO, *Il dolo*, cit., 215; più di recente, L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., 56; ID., *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1087; H. H. LESCH, *Dolus*, cit., 806.

Di fronte a quest'alternativa, non si può raccomandare l'utilizzo della prima formula di Frank *solo* perché consentirebbe di escludere il dolo in quei casi (quello di chi con la propria guida scriteriata cagiona un incidente mettendo a rischio anche la *propria* vita, quello dell'imprenditore che viola le norme a tutela della sicurezza dei suoi dipendenti, quello del marito sieropositivo che ha rapporti non protetti con la moglie, esponendola a contagio, ecc.)¹⁷⁹ in cui il rimprovero di «*aver voluto uccidere*» sarebbe incompatibile «con il senso comune – meglio, con il buon senso, dal quale è opportuno che le soluzioni tecniche non si distacchino mai in misura radicale, specialmente in una materia densa di implicazioni etiche come il diritto penale»¹⁸⁰.

Che il 'buon senso' *della collettività* si opponga all'*ascrizione dolosa* dell'evento letale nei casi citati dalla dottrina in esame è, a dire il vero, tutto da dimostrare¹⁸¹. Basti pensare all'indignazione che ha accompagnato la sentenza di secondo grado del caso Thyssenkrupp¹⁸², 'rea' di aver derubricato il fatto da omicidio volontario a omicidio colposo aggravato (senza che ciò abbia influito in modo determinante sul *quantum* di pena inflitto)¹⁸³. Già i titoli di alcuni giornali¹⁸⁴ – rappresentanti e allo stesso tempo 'ispiratori' dell'opinione pubblica – evidenziano la distanza che ci separa dai tempi in cui Franz von Liszt sentiva il bisogno di dire ai suoi colleghi: «probabilmente nessuno di noi ha mai preso sul serio l'affermazione ricorrente nella stampa dell'ultimo anno che il dolo eventuale sarebbe un'invenzione di giuristi dottrinari e reazionari»¹⁸⁵!

Del resto, considerando che «dolo e colpa sono, inevitabilmente, anche il risultato di giudizi di ascrizione normativa, per loro natura intrisi – piaccia o non

¹⁷⁹ È la casistica presa in considerazione da F. VIGANÒ, *La giurisprudenza*, cit., § 2 e 3. Per un'analisi critica della giurisprudenza ancora più approfondita si rinvia a A. AIMI, [Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica](#), in *questa Rivista*, 17 giugno 2013; M. RONCO, *Dolo, preterintenzione e colpa: fondamento e struttura*, in ID. (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, 2-1, *Il reato*, 2007, 501 ss.; A. MADEO, *Il dolo nella concezione «caledoscopica» della giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 846 ss.

¹⁸⁰ Così, F. VIGANÒ, *La giurisprudenza*, cit., § 3.4. Se non m'inganno, la tesi sottintende l'autorevole insegnamento secondo il quale i criteri di imputazione della colpevolezza «sono, in larga misura, lo 'specchio giuridico' di criteri di attribuzione della responsabilità praticati nella vita di tutti i giorni»: così, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001, 649, riprendendo W. HASSEMER, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. pen.*, 1982, 46.

¹⁸¹ Non va dimenticato che i «modelli ed i contenuti dei rapporti interumani possono essere a volte pericolosi e irrazionali – e ciò è vero soprattutto per quei modelli che riguardano l'attribuzione della responsabilità»: così, W. HASSEMER, *Principio*, cit., 47.

¹⁸² Cfr. § 1.

¹⁸³ Osserva condivisibilmente che nelle vicende di grande impatto mediatico sembra contare più la qualificazione giuridica astratta che non le conseguenze sanzionatorie, D. PIVA, «*Tesi*» e «*antitesi*», cit., 206-207.

¹⁸⁴ A titolo esemplificativo, S. CASELLI, *Thyssen, fiamme sulla sentenza: pena ridotta per l'ad*, in *Il Fatto Quotidiano*, 1° marzo 2013; G. CASO, *Dal primo grado passo indietro. Non fu solo negligenza*, in *L'Unità*, 1° marzo 2013; C. GANDOLFI, *Gli sconti per la Thyssen un baratto sulla sicurezza*, in *La Repubblica*, 1° marzo 2013; F. GRECO, *Rogo Thyssen, pene ridotte in appello. Urla e proteste in aula*, in *Il Sole24ore*, 28 febbraio 2013. Toni e contenuti diversi, non a caso, quando a scrivere è un (grande) giurista: C. F. GROSSO, *Le ragioni di una sentenza*, in *La Stampa*, 1° marzo 2013.

¹⁸⁵ F. VON LISZT, *Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und im Strafprozeß*, in *Verhandlungen des Vierundzwanzigsten Deutschen Juristentages*, I, Berlin, 1897, 132.

piaccia — di elementi valutativi e di preoccupazioni politico-criminali»¹⁸⁶, non è neppure detto che il ‘buon senso’ degli stessi giuristi prediliga un’accezione meno ‘normativa’ di volontà: e la diversità di opinioni che a volte sussiste in merito alla soluzione di singoli casi ne è la prova¹⁸⁷.

Appurato che non basta far leva sulla «volontà dell’evento» per spiegare il fondamento della prima formula di Frank, riprendiamo la *pars construens* della tesi di von Hippel.

Indubbiamente, essa non può essere accolta nei suoi termini originari, troppo legati a una fase del pensiero penalistico in cui i profili psicologici non sono ancora ben distinti dalle questioni di imputazione. Basti pensare alla macchinosa argomentazione con la quale von Hippel cerca di giustificare il modo in cui la rappresentazione delle conseguenze sgradite influirebbe sulla risoluzione volitiva¹⁸⁸. Ebbene, invece di immaginare ipotetiche ‘condizioni impedienti’ che avrebbero dovuto indurre l’agente ad astenersi, dal punto di vista psicologico è più lineare ammettere che la previsione di conseguenze sgradite esercita piuttosto una *spinta contraria* a quella delle conseguenze gradite o prese di mira¹⁸⁹. Ma anche sul piano normativo la tesi non convince, perché un’efficacia motivante del precetto penale sul comportamento dei consociati deve postularsi *sempre*, a prescindere che la conseguenza – ovviamente elemento di una fattispecie incriminatrice¹⁹⁰ – sia gradita o meno¹⁹¹.

Non sono rimasti esenti da critiche neppure il criterio della ‘speranza decisiva’ e il collegamento tra dolo e egoismo, come dimostrano due ‘casi’ tra i più celebri della storia dogmatica del dolo¹⁹².

Il primo, formulato da Löffler, è ispirato a un fatto realmente accaduto¹⁹³. Alcuni mendicanti russi, volendo usare un bambino rapito per chiedere l’elemosina, lo

¹⁸⁶ G. FIANDACA, *Sfrecciare col «rosso» e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?*, in *Foro it.*, 2009, II, 419. Da ultimo, conclude che «il dolo non si forma nella testa dell’agente, ma nella testa del giudice», C. ROXIN, *Über den «dolus eventualis»*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, cit., 1215 (come aveva detto giusto un secolo prima E. ROSENFELD, *Schuld*, cit., 469, a proposito della colpevolezza normativa). Invita invece a riportare «integralmente il dolo a stati psichici effettivi, interpretabili naturalmente secondo le massime di esperienza ricavabili in base alla valutazione dell’agire umano», M. RONCO, *Commento all’art. 43*, in M. RONCO, B. ROMANO (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2012, p. 318.

¹⁸⁷ Per limitarsi alla prassi in materia di incidenti stradali, basta confrontare la posizione tendenzialmente critica di F. VIGANÒ, *La giurisprudenza*, cit., § 3.4 con quella più favorevole di P. PISA, *Incidenti stradali*, cit., 18 ss., il quale osserva che l’«unico punto discutibile» della sentenza Ignatiuc (cfr. § 1) sarebbe «costituito dal riferimento alla cd. formula di Frank», e così commenta l’affermazione di Fiandaca citata nella nota precedente: «E se questo significa privilegiare la componente conoscitiva del dolo e “oggettivizzarne” la ricostruzione mi si consenta di dire che non mi pare un’inaccettabile deviazione dai principi, ma un ragionevole esercizio interpretativo».

¹⁸⁸ Per la critica, W. LACMANN, *Wille und Wollen*, cit., 791-792; L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., 146-147.

¹⁸⁹ A. LÖFFLER, *Die Abgrenzung*, cit., 146 e nota 39; A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà*, cit., 63-64.

¹⁹⁰ Ciò che non sempre accade negli esempi formulati da von Hippel: cfr. A. DE MARSICO, *Coscienza*, cit., 58.

¹⁹¹ Si sofferma sui rapporti tra colpevolezza e funzione motivante del diritto, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013, 430 ss.

¹⁹² Per una rassegna ragionata dei ‘casi’ più discussi in dottrina, cfr. E. MEZGER, *Strafrecht*, cit., 347 ss. e L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., 618 ss.

¹⁹³ A. LÖFFLER, *Die Körperverletzung*, cit., 368 in nota, dichiara di averlo tratto da un articolo di giornale.

avevano accecato e mutilato in modo da suscitare maggiore piet : ma a causa delle gravi ferite inferte, il bambino era morto¹⁹⁴.

Löffler ipotizza una variante del caso, ossia che i mendicanti riprovino «l'esperimento» pi  volte, sempre con il medesimo tragico risultato¹⁹⁵. Seguendo il ragionamento di von Hippel, il dolo eventuale andrebbe escluso in ogni caso, perch  a prescindere dal grado del pericolo i mendicanti agirebbero nella speranza (decisiva) che l'evento non si verificher , per il semplice fatto che «non si pu  utilizzare un bambino morto per l'elemosina». Conclude Löffler: limitarsi a riconoscere in questi casi il concorso tra lesioni volontarie e omicidio colposo sarebbe contrario alla «coscienza giuridica»¹⁹⁶.

Il secondo   conosciuto come *Schie buden-fall* (caso del tiro a segno), oppure   legato al nome del suo inventore, Lacmann:

a un giovane sono promessi venti marchi, a condizione che sparando riesca a togliere una sfera di vetro dalla mano della signorina del tiro a segno senza ferire quest'ultima. Il giovane sa di non essere un buon tiratore e si dice: «molto probabilmente colpir  la mano della ragazza, ma allora mi dar  facilmente alla fuga; ma se alla fine riesco a colpire la sfera, allora i venti marchi saranno per me un buon affare». Il giovane spara e colpisce la mano della ragazza¹⁹⁷.

Lacmann osserva che applicando la tesi di von Hippel il fatto andrebbe imputato a titolo di colpa, perch  il giovane non avrebbe sparato se fosse stato sicuro di colpire la ragazza. Ma a ben vedere il coefficiente di colpevolezza espresso dalla condotta del giovane non sarebbe quella «leggerezza» che secondo von Hippel   propria della colpa cosciente. Il giovane si sarebbe astenuto dall'agire perch  *non aveva interesse* a ferire la ragazza¹⁹⁸, e non perch  ne avesse a cuore l'incolumit : «non   la leggerezza che lo spinge a sparare [...], ma solo un brutale disprezzo dell'altrui integrit  fisica rispetto alla prospettiva del suo guadagno»; in altre parole, l'egoismo¹⁹⁹.

Le critiche, espresse da due esponenti della *Wahrscheinlichkeitstheorie*²⁰⁰, sono pertanto rivolte alla prima formula di Frank *nella versione rielaborata* da von Hippel, allo

¹⁹⁴ A. LÖFFLER, *Die Körperverletzung*, cit., 368 in nota.

¹⁹⁵ A. LÖFFLER, *Die Körperverletzung*, cit., 368 in nota; ID., *Die Abgrenzung*, cit., 149 ss., dove   ripresa solo la variante del caso.

¹⁹⁶ A. LÖFFLER, *Die Abgrenzung*, cit., 145. Nel nostro ordinamento, ci sarebbe invece spazio per l'omicidio preterintenzionale.

¹⁹⁷ W. LACMANN, *Die Abgrenzung*, cit., 159; sostanzialmente, ID., * ber die Abgrenzung*, cit., 119 (dove   specificata l'ambientazione del fatto – una fiera – e accentuato il ragionamento utilitaristico del giovane, che infatti si dice: «mi conviene molto!»).

¹⁹⁸ Vale la pena di sottolineare che, a differenza della versione tramandata negli studi successivi (cfr. ad esempio K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 201; I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt*, cit., 4; H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 303; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 461), il giovane non ha scommesso venti marchi. In effetti, introducendo quest'ultimo elemento, diventa ancora pi  facile arguire che il giovane non avrebbe sparato.

¹⁹⁹ W. LACMANN, *Die Abgrenzung*, cit., 160; ID., * ber die Abgrenzung*, cit., 119.

²⁰⁰ Cfr. K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 107 e 201; R. RAGUÉS I VALL S, *El dolo*, cit., 68. Si spiega cos  l'insistito riferimento, in entrambi gli esempi, al grado di probabilit  di verifica  dell'evento.

scopo di evidenziarne alcune contraddizioni interne. L'esempio di Löffler vuole infatti dimostrare che in presenza di un grado elevato di pericolo (i mendicanti hanno *più volte* praticato i loro turpi esperimenti)²⁰¹, il criterio della speranza non porterebbe a risultati assiologicamente soddisfacenti²⁰². Con lo *Schießbuden-fall*, invece, Lacmann vuole evidenziare che la prima formula di Frank entra in contraddizione con la tesi di von Hippel sui rapporti tra dolo ed egoismo.

Senonché, il trascorrere del tempo ha fatto dimenticare il contesto di queste critiche²⁰³, e a volte i casi di Löffler e di Lacmann²⁰⁴ sono considerati *indiscutibilmente* dolosi²⁰⁵, tanto che la soluzione opposta ricavata dalla prima formula di Frank sarebbe talmente incongrua da non meritare un'ulteriore confutazione²⁰⁶. Ma l'enfatico appello di Löffler alla nostra «coscienza giuridica»²⁰⁷ non deve farci dimenticare che «i limiti del dolo eventuale [...] dipendono almeno in parte da una valutazione normativa», sicché «non sembrano sussistere ragioni logiche o di razionalità sistematica che impongano *a priori* di ricondurre i casi descritti al dolo»²⁰⁸. In altri termini, l'inquadramento giuridico dei casi proposti da Löffler e Lacmann dipende dal concetto di dolo eventuale assunto a parametro di riferimento²⁰⁹.

²⁰¹ Non è chiaro se A. LÖFFLER, *Die Körperverletzung*, cit., 368 in nota, ravvisi il dolo eventuale anche nel caso reale.

²⁰² A proposito del criterio della speranza, osserva S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 45, che «non appare invero accettabile un trattamento più mite nei confronti del reo che, pur avendo consapevolmente 'messo in conto' l'esito dannoso della sua condotta illecita, coltiva una semplice speranza, priva di solidi punti di appoggio, di non cagionare l'offesa».

²⁰³ Con la parziale eccezione di G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 183-184 e di R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, cit., 68 (relativamente al caso di Lacmann).

²⁰⁴ In particolare, il caso proposto da L. PHILLIPS, *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko* in *ZStW*, 1973, 29, di chi tortura qualcuno per estorcergli un'informazione, provocandone la morte.

²⁰⁵ Ad esempio, E. CORREIA, *Direito criminal*, cit., 384; H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 303; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 46; I. PUPPE, § 15/39, cit., 608, secondo la quale il *Lacmann'sche Fall* dimostrerebbe che nei pochi casi in cui è possibile stabilire come si sarebbe comportato l'agente sicuro di realizzare l'evento, la formula di Frank porterebbe comunque a un risultato *errato*, ossia quello dell'esclusione del dolo: in questo modo dando per scontato che si tratti di un'ipotesi dolosa (diversa lettura del caso Lacmann in I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt*, cit., 4-5).

²⁰⁶ Cfr. M. ROMANO, *Commentario*, cit., 443; G. DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e «costruzione separata» dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 888; ID., *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 490; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi*, cit., 310; G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 191-192 (riferendosi al caso dei mendicanti).

²⁰⁷ A. LÖFFLER, *Die Abgrenzung*, cit., 145 (e nota 36). In merito, cfr. le perplessità di H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 79-80.

²⁰⁸ L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 185-186; ID., *La prevenzione*, cit., 981. Osserva C. S. NINO, *Los límites*, cit., 136, che risolvere il caso dei mendicanti nel senso della colpa può «contrariare le nostre valutazioni intuitive, ma è forse la soluzione preferibile alla luce di certi principi fondamentali della responsabilità penale».

²⁰⁹ Ad esempio, ravvisano il dolo eventuale nel caso di Lacmann, P. BOCKELMANN, K. VOLK, *Strafrecht. A. T.*, München, 1987, 82 ss. (che individuano il fondamento del dolo nella 'scorrettezza' – *Fehlerhaftigkeit* – manifestata dall'agente che persegue i propri scopi di fronte alla previsione di realizzare un evento disapprovato dall'ordinamento giuridico); A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, cit., 147 (il quale accenna alla necessità di riscontrare la «tipica risoluzione del dolo eventuale in ordine alle lesioni della ragazza»); S.

Va a questo punto presa in considerazione la concezione di dolo eventuale che maggiormente rispecchia la logica della prima formula di Frank, e cioè quella proposta da Luciano Eusebi, che ha sviluppato in termini più raffinati l'intuizione di von Hippel sui rapporti tra rappresentazione e risoluzione ad agire. La prima formula di Frank intenderebbe «verificare l'attitudine che avrebbe avuto, nel contesto in cui si è mosso l'agente, una particolare *ragione per non agire, più intensa* di quella effettivamente operativa (la sostanziale certezza, piuttosto che la mera possibilità di cagionare l'evento preveduto), rispetto alla *ragione per agire* (la prospettiva di ottenere un certo risultato) che abbia dato causa alla condotta tenuta dall'agente»²¹⁰. Tale spiegazione vuole pertanto valorizzare l'atteggiamento psicologico di chi, «*ex ante*, non soltanto è disposto a correre un rischio, dando luogo a un azzardo, ma ha messo in conto che per l'obiettivo cui mira la sua condotta il prezzo costituito dal realizzarsi dell'evento possa essere pagato[...], tanto che non desisterebbe dalla condotta neppure ove il prodursi di un simile evento fosse sicuro»²¹¹.

Il succitato atteggiamento psicologico *prescinde* dalle ragioni – più o meno apprezzabili – che avrebbero spinto il reo all'astensione in caso di previsione sicura²¹². È chiaro che nel caso di Lacmann o in quello dei mendicanti l'indisponibilità ad agire in caso di certezza soggettiva dipenderebbe da motivi *egoistici*, e non dal rispetto per il bene giuridico offeso²¹³. Ciò sarebbe sicuramente rilevante in una visione *valutativa*, mentre sul piano *strettamente* psicologico ci si dovrebbe limitare a verificare se la *spinta* ad agire del giovane o dei mendicanti fosse così intensa da resistere anche alla *controspinta* motivazionale di un'ipotetica previsione in termini di certezza. Pertanto, la critica che la prima formula porterebbe a escludere il dolo eventuale nei casi in cui l'obiettivo perseguito è in totale o parziale antagonismo con l'evento lesivo collaterale²¹⁴ è senz'altro comprensibile in un'ottica *politico-criminale*²¹⁵, ma non è così scontata quando si sceglie di valorizzare il dato psicologico indicato da Eusebi.

Ma a ben vedere anche il ragionamento che si sta illustrando presenta alcuni profili valutativi²¹⁶. La stessa scelta del dato psichico da ricondurre allo schema del dolo eventuale non è infatti neutrale, ma è a sua volta dettata da considerazioni *politico-*

PROSDOCIMI, Dolus eventualis, cit., 34 (con riferimento all'accettazione del rischio nella versione 'comparativa'); C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 461 (menzionando il criterio della realizzazione del piano).

²¹⁰ L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 178.

²¹¹ L. EUSEBI, *Appunti*, cit., 1089.

²¹² L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 186.

²¹³ Spiega infatti G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit., 156, che per il giovane del caso di Lacmann «le possibilità di successo» sono «più importanti sul piano motivazionale rispetto al rischio di insuccesso».

²¹⁴ Tra gli altri, H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 303; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 48; P. VENEZIANI, *Motivi*, cit., 142 nota 85; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, p.g., Padova, 2012, 310.

²¹⁵ Così come lo è quella di H.-H. JESCHECK, *Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff*, in *Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1962, 484; H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 302-303, che la prima formula di Frank limiterebbe eccessivamente l'ambito operativo del dolo.

²¹⁶ Il che è inevitabile, perché il dolo consiste pur sempre in un criterio di imputazione della responsabilità («pur non riducendosi a pura ascrizione»): così, M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 321 in nota.

criminali, e quindi *normative*²¹⁷. Infatti, la posizione di Eusebi muove dalla premessa *normativa* che «l'ancoramento alla realtà — anche alla realtà psicologica, non meno effettiva, nonostante le difficoltà probatorie, di quella fisica —» è essenziale «all'operatività di una *buona politica criminale*»²¹⁸; da ciò *l'opportunità politica* di incentrare il dolo su un dato psichico *verificabile*, da identificarsi nella volontà di cui all'art. 43, 1° alinea, c.p. *intesa in senso empirico-psicologico*; a questo punto, mentre la forma intenzionale sarebbe l'espressione tipica del dolo, quella diretta e quella eventuale costituirebbero *estensioni normative*²¹⁹, che per mantenere un rapporto di *somiglianza* con l'ipotesi-base dovrebbero comunque poggiare su dati psichici *assimilabili*: nel dolo diretto l'evento, anche se non voluto, si dà *per scontato*²²⁰; nel dolo eventuale, il soggetto «è disposto a tener ferma la sua condotta a costo del realizzarsi dell'evento»²²¹.

Ma il fondamento della prima formula di Frank che si è così delineato non risulta più giustificato se mettiamo in discussione il primo assunto, nel senso che la dogmatica potrebbe *rinunciare* all'idea del dolo come dato psichico senza per questo pervenire a esiti illiberali²²²; oppure il secondo, osservando che la nozione codicistica di volontà non è così chiaramente connotata in senso descrittivo-psicologico²²³; o ancora il terzo, chiedendoci «se il carattere ipotetico dello schema concettuale di individuazione del dolo eventuale non renda sostanzialmente fittizia la parificazione di quell'atteggiamento psichico alla volontà», potendo quest'ultimo essere «qualche cosa di *strutturalmente diverso* così dalla volontà come dalla non-volontà del fatto, così dal dolo come dalla colpa»²²⁴.

Insomma, la prima formula di Frank mira ad accertare un *dato psichico effettivo*, che però assume rilevanza sulla base di una scelta *di carattere normativo*; partendo da diversi modelli di dolo, la condizione psichica di chi sarebbe disposto ad agire anche nella certezza di realizzare l'evento non è significativa ai fini dell'imputazione dolosa, perché «sarebbe come dire che Tizio non è capace di fare un chilometro a piedi, sol

²¹⁷ Lo riconosce lo stesso L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 181, il quale osserva che si potrebbe anche *non* attribuire rilevanza giuridica allo stato psicologico da accertarsi per mezzo della prima formula di Frank (beninteso, nel momento in cui si rinunciasse alla categoria del dolo eventuale). Cfr. anche L. EUSEBI, *Appunti*, cit., 1055 nota 5: «Altro, del resto, è una definizione nitida, controllabile sul piano politico-criminale, delle conseguenze che si vogliono riferite ai diversi *status* psicologici del soggetto autore di reato, altro è l'ammissione di una manipolabilità descrittiva degli *status* suddetti, che pregiudica la coerenza delle conseguenze summenzionate e ostacola, comunque, la lettura delle opzioni politico-criminali ad esse effettivamente soggiacenti».

²¹⁸ L. EUSEBI, *Appunti*, cit., 1053.

²¹⁹ L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 56.

²²⁰ L. EUSEBI, *Appunti*, cit., 1087.

²²¹ L. EUSEBI, *Appunti*, cit., 1089.

²²² È il recente tentativo intrapreso da G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 635 ss.; ID., *Vorsatz als Vorwurf. Zum Abkehr von der Idee des Vorsatzes als Geisteszustand*, in GA, 2013, 454 ss.

²²³ G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 53 ss.

²²⁴ F. PALAZZO, *Corso*, cit., 310.

perché non è capace di farne cinquanta»²²⁵. Con ciò non si è scoperto nulla di nuovo: già dall'articolo di Frank del 1890 emerge chiaramente che la distinzione tra 'dubbio doloso' e 'dubbio colposo' non è dogmatica, ma politico-criminale²²⁶, e che la prima formula 'funziona' presupponendo *determinate* nozioni di dolo, e non altre²²⁷.

In ogni caso, anche assumendo la concezione di dolo eventuale compatibile con la prima formula di Frank, si presenta comunque il noto problema della prova: come dimostrare che l'agente avrebbe comunque agito?

5. Profili probatori.

Frank sa bene che «la prova del fuoco di una teoria giuridica sarà sempre la sua utilità pratica»²²⁸, e nelle ultime edizioni del suo commentario insiste sul fatto che il dolo eventuale, oltre a *dover essere provato (beweisbedürftig)*, è altresì *dimostrabile (beweisbar)*. Il procedimento è ormai noto: *prima* bisogna accertare come sono andate *veramente* le cose, e cioè che l'agente si è rappresentato come possibili gli estremi del fatto di reato; *se* questa prova è raggiunta, ci si chiede come si sarebbe comportato in caso di conoscenza *sicura*. La risposta a tale quesito non deve farsi dipendere semplicemente dal carattere del reo, ma essenzialmente dal modo in cui egli si pone di fronte al suo scopo concreto²²⁹.

Come sappiamo²³⁰, Frank volle subito precisare lo scarso valore probatorio del carattere del reo per sottrarsi all'obiezione mossagli da von Bar²³¹, e in seguito ripetutagli molte volte: in mancanza di parametri oggettivi in base ai quali esprimere una prognosi affidabile sul comportamento dell'agente²³², il giudizio ipotetico richiesto dalla prima formula si incentrerebbe *inevitabilmente* su elementi estranei alla condotta

²²⁵ F. ALIMENA, *La colpa*, cit., 115. In altri termini: sarebbe come dire che per aversi dolo eventuale si deve vincere non solo la *più debole* contropinta rappresentata dalla previsione in termini di dubbio, ma *anche* quella della rappresentazione certa. Bisogna riconoscere che *se* si accetta l'idea di F. ALIMENA, *La colpa*, cit., 129, che il dubbio è già dolo, diventa in effetti incomprensibile il motivo per richiedere nel dolo eventuale una risoluzione ad agire particolarmente 'resistente': cfr. in tal senso H. SCHRÖDER, *Aufbau*, cit., 234 (non a caso autorevole sostenitore della *Möglichkeitstheorie*).

²²⁶ Cfr. gli esempi formulati da Frank nel § 1.

²²⁷ Istruttiva la polemica tra R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 212 ss. e L. VON BAR, *Die Lehre*, cit., 34-35 nota 5, della quale si è dato conto nel § 2. *Se* si parte dall'assunto che chi mangia una spezia poco digeribile non 'vuole' star male, *allora* il peculiare stato psicologico di chi avrebbe agito anche nella certezza dell'evento diventa *irrelevante*, perché viene meno il *trait d'union* con la forma-base del dolo intenzionale, ossia il dolo diretto: prevedere un evento in termini di certezza non è più 'come' volerlo, e quindi non importa sapere cosa avrebbe fatto l'agente in tale condizione.

²²⁸ R. FRANK, *Vorstellung*, cit., 223.

²²⁹ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch*¹⁸, cit., 190.

²³⁰ Cfr. § 2.

²³¹ L. VON BAR, *Dolus eventualis*, cit., 550.

²³² A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà*, cit., 76; M. GALLO, *Il dolo*, cit., 220; M. A. SANCINETTI, *Teoria del delitto*, cit., 166; P. VENEZIANI, *Motivi*, cit., 143; F. M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 465; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi*, cit., 310; F. PALAZZO, *Corso*, cit., 311.

realmente tenuta dell'agente, e in particolare sulla sua personalità, in plateale contrasto con il principio di colpevolezza per il fatto²³³.

In effetti, la logica del tipo d'autore sembra presiedere agli esempi proposti da Frank, non comprendendosi bene *perché* il bandito che prova la gittata del suo fucile avrebbe *comunque* sparato se fosse stato certo di colpire l'altro uomo²³⁴. Né può ignorarsi l'apprezzamento mostrato nei confronti della prima formula da parte di Otto Tesar²³⁵, esponente di una concezione 'sintomatica' del diritto penale orientata a considerare il fatto di reato quale chiave d'accesso all'interiorità del reo²³⁶.

Ma prima di esprimere valutazioni definitive è opportuno riprendere l'analisi strutturale della prima formula di Frank²³⁷. Sappiamo che si tratta di un condizionale controfattuale, e che il quesito indicato dalla protasi implica un giudizio *prognostico* relativo all'ipotetico comportamento dell'agente²³⁸. *Momento* di tale giudizio *ex ante* è quello *immediatamente precedente* alla condotta, per l'ovvia considerazione che

²³³ L'obiezione è stata ripresa frequentemente: tra gli altri, W. LACMANN, *Die Abgrenzung*, cit., 157 ss.; A. LOFFLER, *Die Abgrenzung*, cit., 153 ss.; A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà*, cit., 32 nota 1; K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 193; G. BETTIOL, *Sulle presunzioni*, cit., 375 (ma in ID., *Diritto penale*, Padova, 1982, 483, la formula è esposta senza alcun commento); A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, cit., 336; ID., *Lehrbuch*, cit., 303; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca*, cit., 253; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 14; G. FORTE, *Ai confini*, cit., 251; G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 267; G. DE VERO, *Corso*, cit., 490; A. MANNA, *Corso*, cit., 349-350; G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit., 156; G. DE FRANCESCO, *L'enigma*, cit., 1984-1985. Nel senso che l'indagine sulla personalità non porterebbe necessariamente a un diritto penale dell'autore, v. invece J. BELEZA DOS SANTOS, *Crimes*, cit., 52; R. BARTOLI, *Brevi considerazioni*, cit., 31-32; G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit., 190-191.

²³⁴ Ritieni H. GROSSMANN, *Die Grenze*, cit., 77, che, applicando la prima formula di Frank, il bandito dovrebbe rispondere di omicidio colposo. Non convince il rilievo di K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 201 nota 43, secondo il quale l'esempio in esame non avrebbe niente a che fare con la prima formula di Frank: il rilievo accosta impropriamente l'esempio del bandito con quello, riportato in R. FRANK, *Strafgesetzbuch*¹⁷, cit., 183 (18ª edizione, 191) di chi *si propone* di uccidere una persona sparando da lunga distanza *senza essere sicuro di farcela*.

²³⁵ Cfr. O. TESAR, *Gesetzestechnick und Strafrechtsschuld*, in *ZStW*, 1911, 403.

²³⁶ Per questa definizione, C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 180. Anche K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 197 ss., aveva inteso la prima formula di Frank quale strumento indiziario per accertare l'indifferenza – *Gleichgültigkeit* – dell'agente (da Engisch ritenuta il fondamento del dolo). Nonostante le precisazioni contenute in K. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 463 ss., ritiene E. MORSELLI, *Il ruolo*, cit., 69, che anche la *Gleichgültigkeitstheorie* sarebbe alla fine assimilabile alla concezione sintomatica, «in quanto non riesce a distanziare adeguatamente l'atteggiamento interiore quale 'momento del singolo fatto concreto' da una 'caratteristica permanente della personalità'».

²³⁷ Cfr. § 3. Si adotta, come detto, lo schema di F. ANGIANI, *Il pericolo concreto*, cit., 100 in nota, ripreso tra gli altri da G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1223-1225 nota 124-bis; I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, 213 ss., 351 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. P.G.*, Milano 2012, 406 ss. Chiaramente ho ripreso solo la terminologia, riguardando queste opere la prognosi del pericolo o dell'idoneità degli atti nel tentativo (ma per un'applicazione nell'ambito delle scriminanti cfr. G. V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, 177 nota 37, e già qui una chiara distinzione tra momento e base del giudizio *ex ante*).

²³⁸ Ai fini strutturali, non mi sembra rilevante distinguere il caso in cui la protasi riguardi dati fattuali già esistenti (come nella ricetta: cfr. § 1) da quello relativo a eventi futuri. In senso contrario, ma sulla base dell'argomento *politico-criminale* dei problemi che si presentano nei casi di fallimento del piano, D. BRUNELLI, *Il diritto penale*, cit., 129.

diversamente la formula di Frank darebbe sempre esito positivo (avendo il reo *agito* nella realtà). Trattandosi di un problema di imputazione soggettiva, la *base* del giudizio prognostico non potrà che essere essere *parziale*, e quindi il giudice dovrà prendere in considerazione le sole circostanze *conosciute*²³⁹ dall'agente storico *subito prima* della condotta²⁴⁰.

Il profilo più delicato del giudizio controfattuale attiene ai *criteri* della prognosi. A tal riguardo, l'obiezione classica è che la formula di Frank implicherebbe una concezione deterministica dell'agire umano²⁴¹: in teoria, per capire come ci si sarebbe comportati in una determinata circostanza si dovrebbero ridurre a entità misurabili i sentimenti, le motivazioni, il carattere, ecc.; ma nella realtà ciò sarebbe impossibile, perché l'uomo non si comporta sempre in modo razionale, né reagisce agli stimoli esterni sempre allo stesso modo; di conseguenza, il fattore motivazionale potrebbe essere valutato solo in relazione a una situazione reale, e mai a una ipotetica²⁴².

Senonché, tali rilievi possono essere ridimensionati individuando i criteri del giudizio prognostico in massime di esperienza «fondate sull'assunto secondo cui, nelle medesime condizioni, gli uomini (di un certo tipo) si comportano ordinariamente *allo stesso modo*», e funzionali a desumere dal contesto situazionale e personale nel quale si è realizzata la condotta «l'insufficienza del fattore rappresentato dalla certezza di produrre l'illecito a controbilanciare la ragione per agire costituita dalla prospettiva che abbia dato causa alla condotta medesima»²⁴³.

Com'è noto, le massime di esperienza consentono di stabilire delle generalizzazioni relative ai comportamenti umani attraverso paradigmi inferenziali, senza però atteggiarsi a leggi causali²⁴⁴, soprattutto in un ambito – quello dei processi psicologici – in cui parlare di 'causalità' sarebbe secondo molti improprio²⁴⁵. Inoltre, le

²³⁹ Chiaramente non anche quelle *conoscibili*, trattandosi di dolo e non di colpa.

²⁴⁰ Che «per risolvere problemi di imputazione al *soggetto attivo*» sia coerente selezionare «le circostanze esistenti al momento dell'azione e conosciute in *quel* momento dal soggetto attivo», è autorevolmente evidenziato da G. MARINUCCI, *Fatto*, cit., 1224 in nota.

²⁴¹ L. VON BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 331; A. LÖFFLER, *Die Abgrenzung*, cit., 154-155; I. PUPPE, § 15/38, cit., 608. Per inciso, R. VON HIPPEL, *Willensfreiheit und Strafrecht*, Berlin, 1903, 6 ss., si era confrontato con il tema del determinismo.

²⁴² A. LÖFFLER, *Die Abgrenzung*, cit., 155; in altro contesto, A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà*, cit., 75, entrambi citando W. WILDELBAND, *Über Willensfreiheit*, Tübingen-Leipzig, 1904, 37.

²⁴³ L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 180, il quale in nota 22 precisa che i dati personali potrebbero valutarsi solo *in bonam partem*. I motivi di tale precisazione sono comprensibili – in questo modo non si può obiettare alla prima formula di essere espressione di un diritto penale dell'autore –, ma forse ne andrebbe precisato il fondamento normativo: non è infatti scontato che il *favor rei* sia un criterio interpretativo sempre valido, specie nelle questioni dogmatiche (per una sintesi del dibattito sulla valenza del *favor rei*, cfr. L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007, 325 nota 24; più di recente, S. SARTARELLI, *Sulle "tracce" del favor rei nella discrezionalità causale*, Bologna, 2012, 154 ss.).

²⁴⁴ Sulla differenza tra legge scientifica e regola di esperienza, per tutti P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 54 ss.

²⁴⁵ Cfr. tra gli altri L. CORNACCHIA, *Il problema della causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in S. CANESTRARI, G. FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 198 ss.; M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind.*

stesse massime si reggono sul presupposto della razionalità dell'essere umano²⁴⁶, perché ciò rende possibile affermare la *probabilità* che una persona, posta in una determinata situazione, si comporterà allo stesso modo delle altre. Beninteso, l'applicazione di una massima di esperienza deve tener conto di tutte le circostanze concrete²⁴⁷, e quindi il giudice «deve applicare quella regola che meglio si attaglia al caso di specie, e non quella che appare la più probabile in astratto»²⁴⁸: per questo motivo, è il processo «il luogo in cui si formano dialogicamente, attraverso il contraddittorio tra le parti, i discorsi possibili volti a stabilire inferenze ragionevoli»²⁴⁹.

Si può pertanto replicare al rilievo secondo il quale la prima formula di Frank non terrebbe conto dell'imprevedibilità e dell'irrazionalità umana: per un verso, le massime di esperienza non pretendono di spiegare i comportamenti umani in chiave determinista; per un altro, il presupposto della razionalità dell'uomo sul quale si basano vale fino a prova contraria, e cioè non deve essere smentito dalle circostanze concrete della vicenda processuale. Ovviamente, le massime di esperienza «indicano soltanto che vi è la probabilità che un'altra persona, in una situazione simile, possa essersi comportata in modo identico»²⁵⁰: trova pertanto conferma quell'intuizione dottrinale che aveva declinato la *misura* del giudizio prognostico in termini appunto di *probabilità*, e non di *certezza*²⁵¹.

A dispetto delle apparenze, il giudizio controfattuale che si è descritto non comporta, in sede processuale, difficoltà maggiori di quelle che si presentano in ogni *serio* accertamento dell'elemento psicologico del reato. Come insegna Frank, bisogna innanzitutto provare il coefficiente rappresentativo, e cioè lo stato di dubbio²⁵²; poi,

pen., 2004, 815 ss., 834 ss.; D. CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazione psichica*, in G. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 190 ss.; F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012, 35 ss.

²⁴⁶ Così, F. M. IACOVIELLO, *Processo di parti*, cit., 469 ss., il quale individua «i fondamentali criteri di inferenza» nel *principio di normalità*, secondo il quale «si parte da ciò che è normale, non da ciò che è eccezionale», e nel «principio di razionalità», che innerverebbe «tutto il sistema giuridico: c'è la razionalità del legislatore (art. 3 Cost.), la razionalità dell'imputato e del condannato (art. 27 Cost), la razionalità del giudice (art. 111 Cost., che prevede la motivazione)». Cfr. anche A. AIMI, *Dolo eventuale*, cit., 47, che ricollega alcune massime di esperienza (di cui subito nel testo) a un «*principio di razionalità elementare*, per 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».

²⁴⁷ Per tutti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 309.

²⁴⁸ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 53.

²⁴⁹ M. RONCO, *Le interazioni*, cit., 842. Nello stesso senso, M. MENNA, *Formazione e previsione degli argomenti giustificativi della decisione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1549 ss.

²⁵⁰ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto*, cit., 52.

²⁵¹ J. BELEZA DOS SANTOS, *Crimes*, cit., 51 ss. Del resto, si sa che gli accertamenti fondati sull'esperienza non possono essere sorretti da asserzioni in termini di «*certezza oggettiva*», ma solo da «*giudizi di verosomiglianza*»: così, in altro contesto, V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urb.*, 1977-78, 286.

²⁵² Fin qui non dovrebbero sorgere peculiari problemi probatori, considerando che «gli indizi relativi al conoscere dell'imputato si lasciano trovare più facilmente di quelli relativi al suo *volere*» (così, H. VEST, *Zur Beweisfunktion des materiellen Strafrechts im Bereich des objectiven und subjectiven Tatbestandes*, in *ZStW*, 1991,

l'obiettivo prefissatosi dall'agente, e cioè la prospettiva finalistica che ne ha motivato la condotta; infine, si deve capire se tale scopo sarebbe per il reo talmente importante da indurlo ad agire anche a costo di cagionare *con certezza* un reato; per provare quest'ultimo passaggio, occorre considerare alcune massime di esperienza²⁵³, e cioè che *di solito* non si agirebbe quando il fatto di reato che si realizza: a) è sproporzionato rispetto all'obiettivo conseguito²⁵⁴; b) *contrasta* con lo stesso²⁵⁵; c) comporta *immediate* conseguenze lesive ai danni dello stesso autore²⁵⁶; come sempre, si tratta di massime di esperienza che devono essere contestualizzate, per verificare la loro compatibilità con la situazione concreta: non può infatti escludersi che la presunzione di razionalità dell'agire umano sottesa a questi assunti del senso comune venga smentita dalle peculiarità del caso di specie.

Come si anticipava, niente di ignoto alla prassi in materia di dolo eventuale, tant'è vero che le segnalate massime di esperienza possono essere utilizzate *a prescindere* da un esplicito utilizzo della prima formula di Frank. Si pensi alla sentenza di primo grado relativa al caso Spaccarotella²⁵⁷: l'esclusione del dolo eventuale è stata motivata dalla Corte prendendo le mosse dal fondamento logico delle massime di esperienza, ossia la razionalità dell'agire umano: «in mancanza di indici inequivoci» il ricorso a tali regole imporrebbe, «in ipotesi in applicazione del principio *in dubio pro reo*, di ritenere che le cose si siano svolte secondo quello che appare il loro corso normale»²⁵⁸. Nel caso di Spaccarotella, nessun elemento fattuale (le buone condizioni di visibilità, l'abilità dell'imputato a sparare, la traiettoria di tiro, lo scopo perseguito, ecc.) si sarebbe posto in contrasto con la spiegazione (ritenuta) più razionale, e cioè che l'agente non volesse uccidere nessuno dei tifosi, ma solo impedirne la fuga; *inoltre*, «la morte di taluno dei passeggeri si poneva palesemente come danno collaterale del tutto eccentrico e alla fin fine in palese contraddizione rispetto al risultato che col proprio agire» il poliziotto «si riproponeva di ottenere, quello cioè di far sì che i giovani si fermassero per assicurarli alla giustizia» [massima *sub b*)]²⁵⁹.

606, a proposito della semplificazione probatoria che determina la *Wahrscheinlichkeitstheorie*); si sofferma sulle ragioni che rendono più agevole la prova dell'elemento cognitivo, R. BARTOLI, *Brevi note*, cit., 30.

²⁵³ Sul punto, si rinvia ad A. AIMI, *Dolo eventuale*, cit., 49 ss., con ricca esemplificazione casistica (alla quale ho attinto per gli esempi contenuti nelle note seguenti).

²⁵⁴ Ad esempio, sparare *per scherzo* in un luogo chiuso e uccidere così la *propria figlia* (Cass., Sez. I, 26 febbraio 1998, Held, in *Riv. pen.*, 1998, 342 ss., che ha confermato la custodia cautelare dell'imputato per omicidio volontario).

²⁵⁵ Oltre ai noti casi di Lacmann e di Löffler (cfr. § 4), si pensi al caso Ignatiuc (cfr. § 1), nel quale l'incidente letale (*a danno altrui*) pone fine alla fuga dell'imputato e porta al suo arresto.

²⁵⁶ Si pensi al criminale in fuga che, cagionando un incidente stradale, pone a rischio *la propria* vita. In un caso di tal genere, ha ritenuto configurabile l'omicidio volontario, G.U.P. Trib. Milano, 21 aprile 2004, A.A., in *Corr. mer.*, 2005, 70 ss., con nota critica di F. VIGANÒ, *Fuga "spericolata" in autostrada e incidente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?*

²⁵⁷ Cfr. § 1.

²⁵⁸ Ass. Arezzo, 14 luglio 2009, cit., 126.

²⁵⁹ Ass. Arezzo, 14 luglio 2009, cit., 130. Sul punto, G. P. DEMURO, *Il dolo*, cit., 500 ss.; identifica tale massima con la prima formula di Frank, A. AIMI, *Dolo eventuale*, cit., 55; evoca invece la seconda formula, L. BEDUSCHI, *Omicidio*, cit., 1244.

La stessa massima *sub b)* è stata decisiva per risolvere in chiave negativa il giudizio controfattuale impostato dal Giudice di secondo grado nel caso ThyssenKrupp: in quanto «imprenditore esperto, abituato a ponderare le proprie decisioni nel tempo», l'imputato non poteva agire «in maniera tanto irrazionale» da accettare la possibile verifica di un evento che «non solo non avrebbe fatto prevalere l'obiettivo perseguito ma avrebbe provocato un danno di tali dimensioni da annullarlo e soverchiarlo totalmente»²⁶⁰.

In dottrina si è acutamente osservato che l'applicazione della massima in esame «si riverbera dunque sul concetto di dolo eventuale»²⁶¹. Si tratta in effetti di un parametro inferenziale che non è compatibile con tutte quelle concezioni – e sono la larga maggioranza – che nei casi di fallimento del piano *riconoscono* il dolo eventuale, ma solo con quelle – minoritarie²⁶² – che identificano quest'ultimo nello stato psicologico sotteso alla prima formula di Frank, ossia nel «grado di resistenza della volontà dell'agente rispetto alla certezza di provocare l'evento»²⁶³. Ma lo stesso discorso vale per le altre due massime, che consentono di escludere il dolo eventuale laddove la prassi tradizionalmente lo ammette²⁶⁴, ossia quando si ottiene un risultato sproporzionato rispetto al proprio obiettivo o si mettono in pericolo interessi propri²⁶⁵.

A questo punto, si può concludere che le critiche rivolte alla prima formula di Frank, apparentemente relative al suo funzionamento pratico, riguardino *in realtà* la nozione di dolo eventuale che si vuole assumere a oggetto di prova²⁶⁶.

Va però fatta un'ultima osservazione. Nella prognosi relativa all'ipotetico comportamento dell'agente potrebbero confluire elementi personalistici, potendosi ad esempio affermare che avrebbe sparato *in ogni caso* l'agente di polizia *che già precedentemente* aveva mostrato di essere 'dal grilletto facile'. Per evitare che la sempre incombente logica del tipo d'autore inquinii l'accertamento del dato psicologico²⁶⁷,

²⁶⁰ Ass. App. Torino, 28 febbraio 2013, cit., 306.

²⁶¹ G. DEMURO, *Il dolo*, cit., 503.

²⁶² L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 185 ss.; ID., *La prevenzione*, cit., 980-981; F. VIGANÒ, *La giurisprudenza*, cit., § 3.4; A. AIMI, *Dolo eventuale*, cit., 54 ss.

²⁶³ Ass. App. Torino, 28 febbraio 2013, cit., 301. A dire il vero, A. AIMI, *Dolo eventuale*, cit., 39 ss., fonda la distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione sul criterio della decisione come risultato di un bilanciamento, e interpreta la prima formula di Frank quale espressione della massima di esperienza *sub b)*. Volendo evidenziare una differenza (di forma, piuttosto che di contenuto) tra la linea argomentativa prospettata nel testo e quella già sviluppata da Aimi, si potrebbe dire che mentre nella mia ricostruzione le massime di esperienza a), b), e c) integrano i criteri del giudizio prognostico richiesto dalla prima formula, in quella di Aimi la stessa è identificata con la massima *sub b)*.

²⁶⁴ Cfr. ancora A. AIMI, *Dolo eventuale*, cit., 49 ss.; F. VIGANÒ, *La giurisprudenza*, cit., § 2 e 3.

²⁶⁵ Per usare la terminologia di G. P. DEMURO, *Il dolo*, cit., 516 -518. ; su quest'ultima massima, criticamente, R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, cit., 502.

²⁶⁶ Non a caso, la portata euristica delle massime in esame è molto contestata: per tutti, G. P. DEMURO, *Il dolo*, cit., 500 ss., 516 ss.; A. AIMI, *Dolo eventuale*, cit., 50 nota 182 e 59 nota 205.

²⁶⁷ Basti ricordare la giurisprudenza analizzata da V. DE FRANCESCO, *Il 'modello analitico' fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 111 ss. e da M. MASUCCI, *'Fatto' e 'valore'*, cit., 29 ss.

risulta pertanto prezioso il limite che Frank pone alla *prova* della prognosi ipotetica, ossia che quest'ultima non dovrebbe basarsi esclusivamente sul carattere del reo.

6. Uno sguardo di sintesi.

Vale la pena riepilogare in estrema sintesi i punti essenziali dell'indagine.

Sul piano storico, si è visto che la prima formula di Frank nasce per spiegare la distinzione tra 'dubbio doloso' e 'dubbio colposo'²⁶⁸. Non deve stupirci, allora, che essa sia stata e sia tuttora criticata da chi ritiene che il dubbio debba *in ogni caso* riportarsi alla sfera del dolo. Inoltre, la transizione da criterio strutturale a indice probatorio²⁶⁹ non ha fatto venir meno lo stretto legame che la prima formula presenta con il *peculiare* modello di dolo che ne costituisce l'origine²⁷⁰.

Infatti, *sul piano sostanziale* la prima formula è incompatibile con tutte le concezioni di dolo eventuale – la stragrande maggioranza – che non mirano ad accertare la capacità della risoluzione ad agire di resistere anche alla contropinta motivazionale dell'ipotetica certezza di realizzare un fatto di reato. Si tratta di un coefficiente psichico che prescinde dai motivi che avrebbero portato l'agente ad astenersi (sproporzione tra l'obiettivo prefissato e il reato commesso; fallimento del piano, pregiudizio di propri interessi), e che quindi non corrisponde all'idea *più valutativa* di dolo eventuale invalsa in dottrina e in giurisprudenza.

Sul piano concettuale, la prima formula di Frank si articola in un periodo ipotetico dell'irrealtà composto da una protasi in cui si ipotizza che l'agente fosse sicuro dell'esito delle sue azioni, e di un'apodosi in cui ci si chiede se in tal caso avrebbe ancora agito o meno. I ragionamenti ipotetici sono abitualmente utilizzati dal giurista (causalità, comportamento alternativo lecito), e in questi casi nessuno dubita della loro funzionalità all'accertamento di dati *reali*. Attraverso la *regola di giudizio* offerta dalla prima formula si vuole pertanto accertare lo stato psicologico *effettivo* di chi sarebbe disposto a commettere un reato *pur* di realizzare il proprio ulteriore obiettivo²⁷¹.

Sul piano processuale, il quesito posto dall'apodosi si risolve attraverso l'impiego di alcune massime di esperienza. Il procedimento probatorio non implica difficoltà maggiori rispetto al 'normale' accertamento del dolo eventuale: la particolarità sta nelle massime di esperienza utilizzate, le quali presuppongono una concezione di dolo eventuale diversa da quella dominante. Non a caso, esse conducono allo *stesso* risultato della prima formula di Frank, anche quando quest'ultima non è evocata esplicitamente²⁷².

²⁶⁸ Cfr. § 1.

²⁶⁹ Cfr. § 2.

²⁷⁰ Cfr. § 4.

²⁷¹ Cfr. § 3. La struttura del giudizio prognostico (base, misura, momento, criteri) è delineata nel § 5.

²⁷² Cfr. § 5.

A questo punto, si può concludere che il dibattito sulla prima formula di Frank non riguarda tanto la validità *dogmatica* di un criterio per accertare *il dolo eventuale*, quanto una *peculiare* concezione di dolo eventuale. Dietro le critiche apparentemente 'tecniche' rivolte alla formula si nasconde spesso il dissenso sull'opportunità *politica* di incentrare il dolo eventuale su di un dato psichico che non consente *valutazioni* di ordine politico criminale. Pare pertanto opportuno che il dibattito si sposti su questi temi, con la consapevolezza che *l'actio finium regundorum* del dolo è inevitabilmente influenzata da considerazioni etiche e politiche su ciò *che si ritiene meritevole* della forma più grave di rimprovero conosciuta dal nostro ordinamento²⁷³.

²⁷³ Sul tema, da ultimo D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 22 ss.