

# Itinerari di Diritto Penale

*Collana diretta da*

G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo

MASSIMO DONINI

## IMPUTAZIONE OGGETTIVA DELL'EVENTO

“NESSO DI RISCHIO”  
E RESPONSABILITÀ PER FATTO PROPRIO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

# Itinerari di Diritto Penale

*Collana diretta da*

Giovanni Fiandaca - Enzo Musco - Tullio Padovani - Francesco Palazzo

---

*Dove va il diritto penale, quali sono i suoi itinerari attuali e le sue prevedibili prospettive di sviluppo? Ipertrofia e diritto penale minimo, affermazione simbolica di valori ed efficienza utilitaristica, garantismo individuale e funzionalizzazione politico-criminale nella lotta alle forme di criminalità sistemica, personalismo ed esigenze collettive, sono soltanto alcune delle grandi alternative che l'attuale diritto penale della transizione si trova, oggi più di ieri, a dover affrontare e bilanciare.*

*Senza contare il riproporsi delle tematiche fondamentali relative ai presupposti soggettivi della responsabilità penale, di cui appare necessario un ripensamento in una prospettiva integrata tra dogmatica e scienze empirico-sociali.*

*Gli itinerari della prassi divergono peraltro sempre più da quelli della dogmatica, prospettando un diritto penale "reale" che non è più neppure pallida eco del diritto penale iscritto nei principi e nella legge. Anche su questa frattura occorre interrogarsi, per analizzarne le cause e prospettarne i rimedi.*

*La collana intende raccogliere studi che, nella consapevolezza di questa necessaria ricerca di nuove identità del diritto penale, si propongano percorsi realistici di analisi, aperti anche ad approcci interdisciplinari. In questo unitario intendimento di fondo, la sezione Monografie accoglie quei contributi che guardano alla trama degli itinerari del diritto penale con un più largo giro d'orizzonte e dunque – forse – con una maggiore distanza prospettica verso il passato e verso il futuro, mentre la sezione Saggi accoglie lavori che si concentrano, con dimensioni necessariamente contenute, su momenti attuali o incroci particolari degli itinerari penalistici, per cogliere le loro più significative spezzature, curvature e angolazioni, nelle quali trova espressione il ricorrente trascorrere del "penale".*

MASSIMO DONINI

# IMPUTAZIONE OGGETTIVA DELL'EVENTO

“NESSO DI RISCHIO”  
E RESPONSABILITÀ PER FATTO PROPRIO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2006 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN 88-348-6665-7

*Composizione:* Compograf - Torino

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTI-GIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: [aidro@iol.it](mailto:aidro@iol.it)

## INDICE

	<i>pag.</i>
PREFAZIONE	IX

### CAPITOLO I

#### L'IMPUTAZIONE OGGETTIVA E IL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ PER FATTO PROPRIO

1. Premessa. Il bisogno di un chiarimento	1
2. Imputazione oggettiva, in senso stretto e in senso lato	12
3. Imputazione (oggettiva e soggettiva) e condizioni obiettive di punibilità	17
4. L'imputazione oggettiva (i.e. il «nesso di rischio») come 'categoria' tecnica del 'principio' di responsabilità per fatto proprio	19
5. Perché il dolo e la colpa non assicurano di per sé il rispetto della responsabilità per fatto proprio, e quindi dei criteri d'imputazione oggettiva	23
6. Alcuni esempi: a) indifferenti all'elemento soggettivo di base; b) interni a un fatto doloso, colposo, preterintenzionale, omissivo	27

### CAPITOLO II

#### IL NESSO DI RISCHIO, OLTRE LA SISTEMATICA CLASSICA E LA COSTRUZIONE SEPARATA DELLE FATTISPECIE

1. Il rapporto della categoria con la c.d. costruzione separata delle fattispecie	37
2. <i>Segue.</i> Dal nesso di rischio 'interno' ai fatti dolosi, colposi, etc., al nesso oggettivo più generale, comune a tutti	41
3. I profili più generali dell'imputazione oggettiva <i>in senso stretto</i> . Tipicità oggettiva e imputazione oggettiva. Differenze	44
4. <i>Segue.</i> La rilevanza del 'punto di vista' <i>ex ante</i> . Significato tecnico del rischio consentito, distinto da quello delle cause di giustificazione	45
5. Rischio consentito e colpa. Il rischio colposo come 'base' dello stesso dolo	52

## CAPITOLO III

## IMPUTAZIONE OGGETTIVA E CAUSALITÀ

1. La causalità come elemento pregiuridico e come momento dell'imputazione oggettiva	61
2. Il rischio che precede la causa ( <i>ex ante</i> ). La piattaforma unitaria di rischio comune a dolo e colpa e lo sfruttamento doloso delle conoscenze superiori	68
3. <i>Segue</i> . Il problema delle concause sopravvenute (rischi <i>ex post</i> ) e la riforma dell'art. 41 cpv. c.p.	77
4. Il ruolo delle cause concomitanti o preesistenti «anomale»	82
5. I danni a distanza (responsabilità del produttore, malattie professionali, eventi da contagio, reati contro salute e incolumità pubbliche, reati fallimentari) e la vittima come concausa	85

## CAPITOLO IV

## L'IMPUTAZIONE OGGETTIVA NEI REATI COLPOSI

1. Imputazione oggettiva e colpa. Le ragioni per definire e trattare il fatto colposo prima di quello doloso	93
2. La colpa come un <i>minus</i> e come un <i>aliud</i> rispetto al dolo	98
3. Imputazione oggettiva e aumento del rischio: nella colpa, nell'omissione e nel dolo	101
4. <i>Segue</i> . Il problema aperto del comportamento alternativo lecito, fra causalità della colpa e causalità della condotta	109
5. Colpa commissiva, evitabilità, e criterio del «più probabile che no»	117

## CAPITOLO V

## L'IMPUTAZIONE OGGETTIVA NEI REATI DOLOSI

1. Imputazione oggettiva e dolo. Commiato dallo zio ricco	127
2. Omissione dolosa e decorsi causali ipotetici	131
3. Il nesso di rischio tra responsabilità oggettiva e <i>aberratio</i>	132
4. Reati dolosi a forma vincolata e con evento a distanza	136
5. L'esempio della bancarotta patrimoniale ... e di quella societaria	138
6. I delitti contro l'incolumità pubblica e l'imputazione oggettiva	143

*pag.*

CAPITOLO VI

UN BILANCIO NON SOLO CONSUNTIVO

1. Gli errori manifesti della prevalente dottrina tedesca. Loro emendabilità	149
2. Definizione dell'imputazione oggettiva. Ruolo dogmatico e politico-criminale della categoria	153
3. Il 'posto' del nesso di rischio nella manualistica e nella didattica	159
BIBLIOGRAFIA	163





## PREFAZIONE

*Il presente studio affronta varie questioni ancora molto aperte che ruotano attorno alla categoria dell'imputazione oggettiva dell'evento e al principio di responsabilità per fatto proprio, presentandone un'interpretazione nuova e un bilancio.*

*A tutti coloro che già utilizzano la categoria dell'imputazione oggettiva vorrei offrire argomenti a sostegno del suo valore generale, e dunque non solo rispetto ai reati colposi, ma anche in relazione al problema del nesso di rischio nei reati dolosi, cioè all'imputazione oggettiva nel dolo, in vista di uno specifico adattamento all'ordinamento italiano vigente delle sue principali tematiche (tranne quelle inaccoglibili). Ai suoi detrattori, invece, o agli scettici, verrà illustrato come si possa agevolmente sostituire l'etichetta "imputazione oggettiva" con quella di rapporto di rischio, ma come non si possa rinunciare a quest'ultima, cioè alla sostanza della cosa. Esiste dunque davvero una nuova nozione nella teoria del reato, che presenta uno spazio rilevante nel sistema, e sicura valenza pratica, contrariamente a quanto è potuto sembrare in passato dall'osservazione dei dibattiti d'oltralpe.*

*Sotto il profilo della riforma del codice penale, la norma di parte generale che ne risulta più direttamente coinvolta è quella che attualmente disciplina le concause (art. 41 c.p.), di cui si analizzano in profondità le ragioni della riforma, proponendo un nuovo articolato. Gli ulteriori aspetti pratici più immediati attengono soprattutto al tema della causalità omissiva e del comportamento alternativo lecito nella colpa e, quanto al dolo, ai reati con evento a distanza (per es. reati fallimentari, contro la salute o l'incolumità pubbliche) o a condotta vincolata, dove si tipizza un rapporto di rischio, oltre ai classici delitti contro la vita e l'incolumità individuale. Nei reati dolosi, a parte questioni generali comuni a dolo e colpa (rischio consentito, concause, ecc.), il tema diventa di interesse applicativo in molte questioni di parte speciale, che attengono all'interpretazione delle fattispecie, la cui intelligenza può arricchirsi proficuamente da un'analisi condotta secondo il paradigma del rapporto di rischio.*

*Tra gli effetti culturali e anche didattici non secondari del punto di vista esaltato dal tema dell'imputazione oggettiva, segnalo tra l'altro un diverso approccio alla c.d. costruzione separata delle fattispecie, che vede il risorgere di questioni unitarie e generali, e altresì un sorprendente recupero della componente soggettivistica di dolo e colpa: lungi dall'essere un*

*prodotto dell'«oggettivismo», la dimensione del rischio (che è cosa diversa dal clima indistinto e confuso del c.d. diritto penale del rischio) conduce a valorizzare ciò che rischio non è, ma contenuto del volere.*

*Il lavoro è stato scritto con spirito di dialogo e volontà di mediazione. Si è trattato, per me, di un viaggio inedito e dagli esiti impreveduti, lungo il quale ho dovuto rivedere alcune idee sostenute in passato. Istigatori inconsapevoli dell'iniziativa, nata per serendipità, e forse un po' per aberratio, da altri progetti, sono stati i professori Antonio Pagliaro e Alfonso Maria Stile che, in distinte occasioni, mi hanno spronato a ritornare sull'argomento e, in definitiva, sui miei passi, al centro di quella che fu una passione giovanile, mai veramente sopita.*

*Anche se non potranno certo condividere tutto e non sono responsabili dei risultati, a loro vanno comunque il mio pensiero affettuoso e il mio sentito ringraziamento.*

Modena, settembre 2006

CAPITOLO I

L'IMPUTAZIONE OGGETTIVA E IL PRINCIPIO  
DI RESPONSABILITÀ PER FATTO PROPRIO

SOMMARIO: 1. Premessa. Il bisogno di un chiarimento. – 2. Imputazione oggettiva, in senso stretto e in senso lato. – 3. Imputazione (oggettiva e soggettiva) e condizioni obiettive di punibilità. – 4. L'imputazione oggettiva (i.e. il «nesso di rischio») come 'categoria' tecnica del 'principio' di responsabilità per fatto proprio. – 5. Perché il dolo e la colpa non assicurano di per sé il rispetto della responsabilità per fatto proprio, e quindi dei criteri d'imputazione oggettiva. – 6. Alcuni esempi: a) indifferenti all'elemento soggettivo di base; b) interni a un fatto doloso, colposo, preterintenzionale, omissivo.

1. *Premessa. Il bisogno di un chiarimento*

Nel presente contributo si cercherà di rispondere alla domanda: che cos'è l'imputazione oggettiva? Si offrirà di tale categoria un'interpretazione innovativa, ma il lettore vedrà illustrato contemporaneamente anche lo stato del dibattito consolidato prima di questa ricostruzione. L'imputazione oggettiva – di seguito sempre da intendersi equivalente al concetto di «rapporto di rischio» – non è sinonimo di responsabilità oggettiva, perché presuppone che sia riconosciuto il principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa*. Essa, tuttavia, non è neppure sinonimo di responsabilità dolosa o colposa, perché riguarda momenti «interni» al fatto ascritto al dolo o alla colpa del soggetto (e quindi comunque colpevole). Basta ciò per spiegare che la locuzione non ha certo un significato evidente a chi non segua il dibattito specialistico. Anche per chi lo segua, peraltro, è urgente il bisogno di cercare ancora una risposta<sup>1</sup>, perché, nonostante che in Italia si sia inco-

---

<sup>1</sup> In un noto saggio di una ventina di anni fa, dedicato allo stesso argomento, GIMBERNAT ORDEIG, *¿Que es la imputación objetiva?*, in *Estudios penales y criminológicos*, X, 1987, 167 ss. poneva esplicitamente la domanda. In effetti in Italia, ancora oggi, si potrebbe pensare a una intitolazione di questo tipo, perché anche un lavoro che intendesse solo compendiare il sapere consolidato in

minciato ad accennare a questa nozione nel libro di Antolisei sulla causalità del 1934<sup>2</sup>, si è smesso subito dopo, e il «dibattito» originatosi da noi da quando in Europa e fuori si è ripreso a discuterne (moltissimo) di nuovo, soprattutto dalla fine degli anni Ottanta, non è stato neanche lontanamente comparabile con quello presente nella letteratura di lingua tedesca e spagnola<sup>3</sup>.

L'imputazione oggettiva richiede che tra la condotta e la causazione di un risultato ci sia un 'nesso di rischio' congruente. La sua vera scoperta, infatti, risiede proprio in questo: nell'aver compreso che causalità, dolo e colpa non esprimono compiutamente i criteri di imputazione oggettiva e soggettiva dell'evento. C'è un ulteriore criterio,

---

materia, non potrebbe fare a meno di affrontare questioni del tutto aperte. L'impossibilità di descrivere uno stato dell'arte solidamente assestato apparirà chiara ai pratici (che della categoria forse fanno ancora poco), ma anche ad alcuni teorici che, rifiutando l'imputazione oggettiva, hanno forse creduto di avere già compreso tutto al riguardo. Quanto a chi scrive, non essendosi interrotto, dalla seconda metà degli anni Ottanta, il processo di apprendimento e di riflessione sul tema, la speranza sarebbe di offrire un piccolo contributo a una rimediazione dell'argomento, nella persuasione che, per uno di quegli strani fenomeni che le scienze della cultura ben conoscono, l'atteggiamento negativo di una parte della letteratura italiana sia dovuto a ragioni diverse, fra le quali solo in parte ci sono alcuni elementi di debolezza nella presentazione dei temi dell'imputazione oggettiva da parte dei suoi sostenitori, alcuni eccessi di dogmatismo, alcune esemplificazioni di scarso impatto pratico; ragioni tra le quali, invece, campeggia la convinzione di poter comunque risolvere i problemi usando categorie più tradizionali, insieme a una certa avversione per le novità «dogmatiche» d'oltralpe e a un attaccamento *démodé* alla lettera e alla sistematica del codice penale italiano del 1930. Si è così preferito rimanere su posizioni o molto vecchie, perché si discute di temi di imputazione oggettiva nei termini in cui poteva farlo Antolisei negli anni '30 del secolo passato, oppure più aggiornate, ma di fatto molto più vicine al «finalismo» (lo si chiarirà subito anche nel testo, per quanto l'affermazione possa apparire strana), che ha lasciato in eredità il rifiuto di elaborare un capitolo dedicato all'elemento «oggettivo» (perché fa prevalere l'elemento soggettivo nel diverso modo di costruire le tipicità, che sono dunque 'separate' e non hanno un elemento oggettivo unitario comune): finalismo che, per altri versi, pure è stato singolarmente rigettato dalla prevalente nostra letteratura.

<sup>2</sup> ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale* (Padova, 1934), rist. Giappichelli, Torino, 1960, 229 ss.

<sup>3</sup> Si stenta a dominare il dibattito nella letteratura di lingua tedesca e spagnola. Oltre ai richiami che seguiranno (in particolare alla nota 14), in generale mi limito per ora a rinviare alla bibliografia contenuta in ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, Beck, München, 2005, § 11 (p. 343 ss.); e nella monografia di ANARTE BORRALLÓ, *Causalidad e imputación objetiva. Estructura, relaciones y perspectivas*, Universidad de Huelva Publicaciones, 2002. Quanto alla letteratura italiana v. *infra*, la nota 11.

che i manuali di parte generale dovranno tenere presente in futuro: esso è costituito dal *nesso di rischio*. Ed esso si colloca trasversalmente, a cavallo tra l'elemento oggettivo e quello soggettivo. Li coinvolge entrambi.

Il nesso, infatti, attenendo al rapporto tra la condotta e il risultato, riguarda anche la condotta per come è «colorata» o «plasmata» dalla componente soggettiva che la sostiene e conforma: il reato non è mai dolo e colpa + causazione sovrapposti, come se fossero la realtà esteriore, o la natura e il loro specchio interno o psicologico, ma li concepisce *compenetrati nel fatto*. Nell'evento, dunque, si deve realizzare il rischio illecito attivato con la condotta dolosa, colposa o altrimenti qualificata soggettivamente. Gli esempi illustrativi sono numerosi, e li vedremo a suo tempo (v. *infra*, in questo Cap., par. 6). Benché quest'idea di fondo non incontri nessuna obiezione sostanziale, la categoria dell'imputazione oggettiva, o più semplicemente del rapporto di rischio tra azione ed evento, si è fatta strada in un clima di scetticismo o di perplessità, e talora di aperto contrasto.

Affiora spesso (al di là delle opere pubblicate) l'impressione che la categoria riguardi alcuni problemi seri propri del reato colposo (per es. non basta violare le regole del codice della strada e cagionare un incidente per rispondere dell'evento a titolo di colpa: ci dovrà essere un 'nesso oggettivo' tra la violazione e il risultato): e in tale sede, si dice, essi dovrebbero continuare a essere trattati e risolti. Oppure sembra che riguardi problemi di modesto significato pratico, ipotesi eccezionali risolvibili in ogni caso a livello di causalità (è il classico tema delle concause sopravvenute, atipiche, eccezionali ecc.), ovvero a livello del dolo (per es., al tentato omicidio non segue la morte, ma l'autore, credendo deceduta la vittima, ne provoca «involontariamente» la morte mediante soffocamento), senza bisogno di una nuova classificazione sistematica<sup>4</sup>.

In conseguenza, c'è chi dice che si tratta di una categoria che non ha autonoma legittimazione (essendo «assorbita» da altri istituti), non presentando una linearità concettuale, perché contiene e abbraccia troppe e diverse questioni; più nettamente, si obietta che essa non avrebbe una prospettiva di vitalità, perché si riduce a un doppione (di criteri d'imputazione) della colpa, la quale verrebbe «anticipata» nella componente «oggettiva» del fatto tipico e in tal modo surrettiziamente sottintesa anche al dolo<sup>5</sup>. Spesso si ammette che abbia un'identità,

---

<sup>4</sup> Cfr. per tutti PULITANO', *Diritto penale*, PG, Giappichelli, Torino, 2005, 227.

<sup>5</sup> Per tutti MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 ss. (per una critica anticipata dell'idea principale – «non c'è dolo senza colpa» – espressa dal titolo di questo brillante saggio, idea di per sé presente, con più 'distinguo' e meno efficacia pubblicitaria, anche in larga parte della letteratura te-

magari complicata, ma si conclude che essa non servirebbe in Italia, perché ci sono già tante norme del codice a disciplinare le materie che interessano l'imputazione oggettiva<sup>6</sup>, oppure perché le soluzioni che essa propone già si raggiungono molto bene con le categorie tradizionali, che verrebbero semplicemente sostituite con spiegazioni diverse, ma dagli stessi effetti, salvo risultare più complicate e in definitiva incongrue rispetto all'impatto concreto delle questioni affrontate. Quasi tutti i detrattori della categoria, peraltro, ammettono che essa ha dato contributi sostanziali rilevanti, essendo indubbia, in molti casi, «la robustezza dei risultati che esibisce»<sup>7</sup>.

La letteratura italiana, del resto, che è particolarmente conservatrice nelle questioni di parte generale, vede qui messa in gioco tutta la sua vecchia cultura, e prima di ammettere che ci possa essere qualcosa di nuovo (che non sia un aggiornamento del vecchio), preferisce che trascorra qualche generazione<sup>8</sup>.

---

desca che accoglie la teoria dell'imputazione oggettiva, cfr. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, 329 ss., 351 s.); seguendo Marinucci, per es., F. MANTOVANI, *Diritto penale*, PG<sup>4</sup>, Cedam, Padova, 2001, 185 ss.

<sup>6</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, PG<sup>4</sup>, 185 ss. Idea singolarissima: come dire che non abbiamo bisogno del fatto tipico, perché ci sono le incriminazioni, o che non ci serve l'antigiuridicità, perché c'è già la disciplina legale delle cause di giustificazione. Se l'assunto provenisse da Autori che per principio non fanno uso di categorie dogmatiche (e quindi «riducono» la scienza a esegesi, interpretazione e politica criminale), si potrebbe anche ritenere coerente a tutto uno stile di pensiero, ma non è certo questo il caso degli illustri penalisti da cui proviene tale idea. PADOVANI, *Diritto penale*, PG<sup>7</sup>, Giuffrè, Milano, 2004, 125 s., ritiene ora «alquanto difficoltosa» la trasposizione della teoria nell'ordinamento italiano, data la disciplina positiva degli artt. 40 e 41 c.p. Ma forse si tratta solo di elaborare una teoria che si adatti ai nostri artt. 40 e 41 c.p. È ciò che, d'altra parte, si cerca di fare nel presente lavoro, in vista, si capisce, anche di qualche riforma.

<sup>7</sup> Così MARINUCCI, *Non c'è dolo*, 4.

<sup>8</sup> Il caso di Delitala è esemplare. La sua «colossale opera di 'importazione'» dalla Germania (così PALAZZO-PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, Torino, 2000, 16) si è realmente affermata oltre cinquanta anni dopo la pubblicazione del libro che l'aveva promossa (nel 1930) e dopo la morte dell'Autore, anche grazie ai suoi allievi. In questioni di sistematica, forse, c'è anche chi pensa che dopo quell'importazione sia il caso di non procedere oltre, e magari di tornare indietro. Di tutt'altro segno il *trend* della letteratura (di lingua) spagnola degli ultimi trent'anni, dove il dialogo costante e privilegiato (spesso inopinatamente esclusivo) con la cultura tedesca è oggi ritenuto, da uno degli esponenti più significativi di quella dottrina, un autentico «must» fondato sulla superiorità a livello internazionale della scienza penale tedesca: SILVA SÁNCHEZ, *Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?*, in *GA*, 2004, 679 ss., in ri-

Alcuni tra i manuali più diffusi o non menzionano l'imputazione oggettiva<sup>9</sup>, o la espongono in modo scarsamente comprensibile, se tentano di restituire la complessità del discorso che la riguarda; oppure in

---

sposta anche a chi scrive. Veramente, la circostanza che io ritenga da sempre (per es. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, Prefazione, IX-X e 573 s.; Id., voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1999, 238 ss. (par. 8); Id., *Verbrechenslehre. Eine Betrachtung aus der Sicht des italienischen Strafrechts*, Berliner Wissenschafts, Verlag, Berlin, 2005, 39 ss.) la necessità di continuare e approfondire il dialogo con la scienza penale tedesca (*oltre che* con quella spagnola e con varie altre) nasce dal profondo senso di disagio nel vedere certi colleghi italiani che, quando rientrano in Italia, «sputano nel piatto» dove hanno mangiato, preoccupati di «sdoganare» quella scienza e di fare credere che, tanto, c'è già tutto nel diritto romano, medievale, canonico, in Deciani, Beccaria, in Carrara, nel codice Rocco, o nello stile «intuizionistico» nostrano che impedisce di ricostruire per correnti una storia del diritto penale teorico, di individuare scuole di pensiero diverse dalle geniali individualità. Nello stesso tempo, a mio avviso, se non è possibile «fermarci a Delitala» (perché occorre rielaborare tutto ciò che è accaduto dopo Welzel), neppure si può sostenere che uno stile di pensiero dogmatico-sistematico costruito su una specifica tradizione culturale come quella di Beling e Delitala sia il più idoneo a un dialogo allargato in Europa. Sarebbe forse più agevole e utile dialogare sui principi e su concrete scelte di politica criminale, lasciando che in un contesto di dialogo penale comunitario siano almeno *prima facie* le categorie tecniche più semplici (come la classica nostra bipartizione tanto recepita anche in *common law*, anziché le analisi complesse e raffinate della tradizione tedesca, pre- o postwelzeliana) a veicolare una comunicazione democratica, o meno dogmatica, tra le diverse anime europee (cfr. per es. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 49-52, e altresì MUÑOZ CONDE, *Conversación del 30 luglio 2002* pubblicata nella *Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*). Anche l'analisi qui condotta dell'imputazione oggettiva obbedisce a un affinamento concettuale di non facile traduzione linguistica (e quindi esportazione) in diverse tradizioni di pensiero come quelle francese o inglese. La *sostanza del discorso*, però, è di valore internazionale per qualsiasi ordinamento: in realtà, tanto in una chiave di lettura bipartita (elemento oggettivo/soggettivo), quanto nella tradizione tripartita (fatto tipico/antigiuridicità/colpevolezza), l'imputazione oggettiva qui ricostruita come nesso di rischio può trovare agevole impiego: nel fatto tipico-elemento oggettivo l'imputazione oggettiva in senso stretto, nel fatto tipico-soggettivo-elemento soggettivo quella in senso lato (v. *infra*).

<sup>9</sup> Per es. cfr. l'accenno poco comprensibile in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, PG<sup>16</sup>, Giuffrè, Milano, 2003, 254; assente la nozione in MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, PG, Giuffrè, Milano, 2004, 123; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, PG<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino, 2006, 249 ss.; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, PG<sup>2</sup>, Cedam, Padova, 2005, 237 ss., 251 ss. L'unico manuale che, da posizioni dichiaratamente critiche verso la teoria, la espone in modo comprensibile, con reale sforzo di analisi e obiettività (anche se non la rende convincente, perché intende criticarla), è quello di F. MANTOVANI (*Diritto penale*, PG<sup>4</sup>, cit., 185 ss.).



modo comunque insoddisfacente, se riducono troppo quella complessità e si limitano a esempi di scuola, dal sapore molto accademico<sup>10</sup>. Non c'è studente che, uscendo da quelle pagine, conservi l'impressione di aver trattenuto veramente qualcosa su di essa, ed è già molto che non la confonda (per l'assonanza terminologica) con la responsabilità oggettiva.

Nonostante che siano numerose anche in Italia, in dottrina, le opere che ormai hanno tentato di definirne concetto, contenuti, collocazione sistematica, profili metodologici<sup>11</sup>, si registra ancora una specie di sor-

<sup>10</sup> Sul necessario commiato dall'esempio di scuola dello «zio ricco» mandato nel bosco a prendersi un fulmine durante un temporale (o in un viaggio aereo sperando che precipiti), dal nipote avido di ereditarne le sostanze (c.d. Erbonkelfall, o Gewitterfall), esempio che quando viene letto dagli studenti, si capisce subito che si riferisce a nozioni teoriche che non serviranno a risolvere i problemi giuridici posti dalla prassi, v. *infra* il Cap. V, par. 1. In alcuni lavori specialistici, ovvero in alcuni manuali (e magari anche a lezione) tale esempio appare pressoché come l'unico o il più «espressivo» destinato a illustrare la categoria dell'imputazione oggettiva, sì da suggerire allo studente l'idea che si tratti di una teoria così accademica che possiamo tranquillamente usare per la conversazione spiritosa da bar.

<sup>11</sup> Nella letteratura italiana la categoria dell'imputazione oggettiva è recepita (in modo certo eterogeneo, ma sostanziale) da diversi contributi, di varie scuole e provenienze: per es., CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 881 ss.; *Id.*, *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in *Studi Urbinati*, 1985-86/1986-87/1987-88, 127 ss.; *Id.*, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Jovene, Napoli, 1989, *passim*; MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 1988, 231 ss., 252 ss.; DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, parte I, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 588 ss.; parte II, *ibidem*, 1114 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990, *passim*: l'A., in modo critico ma sostanziale, accoglie integralmente e diffusamente i contenuti della teoria dell'imputazione oggettiva, anche la sua estensione al dolo (*ivi*, 386-389), ma «prudentemente» cala quei contenuti nella trattazione della colpa e della sua imputazione «normativa», senza adottare ufficialmente la nozione sistematica dell'imputazione oggettiva, ritenuta ancora controversa (*ivi*, 392); DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, 291-421; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779 ss. (diversamente nel manuale: PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PG<sup>8</sup>, Giuffrè, Milano, 2003, 350 ss., dove si preferisce adottare la categoria della «causalità», anziché dell'imputazione, per restare più aderenti, in un'opera didattica, al linguaggio del codice); M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I<sup>3</sup>, Giuffrè, Milano, 2005, Artt. 40/5 ss., 41/20 ss. (la migliore trattazione a livello di opere generali e di carattere anche didattico, con ampia discussione di casi); DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, 159 ss., 251 ss.; *Id.*, voce *Teoria del reato*, 281 ss. (par. 26); BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Esi, Napoli, 1999, 370 ss.; MAZZACUVA, *Il fatto tipico*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2001, 61 ss.; NAPPI, *Guida al codice penale*, Giuffrè, Mi-

dità che, nello stesso tempo, non impedisce di prendere a prestito, qui e là, alcuni aspetti delle teorie dell'imputazione oggettiva. L'effetto di questa ricezione asistemica e casuale è che il *leitmotiv* più diffuso di

---

lano, 2003, 191 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, PG<sup>2</sup>, Utet, Torino, 2004, 200 ss.; CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, PG, Cedam, Padova, 2002, 214 s.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, 310 ss., 423 ss. (rivalutando fortemente le componenti normative generali della definizione di un livello di responsabilità per fatto proprio quale esigenza primaria dell'imputazione 'oggettiva' del rischio); BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2004, 90 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, 206 ss.; MEZZETTI, *Giurisprudenza «creativa» nell'accertamento del nesso causale per la morte del tossicodipendente*, in *Cass. pen.*, 2004, 2837 ss.; PONGILUPPI, *Dolo generale e preterintenzione: la realizzazione del rischio come criterio risolutivo nelle indicazioni della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 38 ss.; CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, spec. 1464 ss.; BLAIOTTA-CANZIO, voce *Causalità (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 827 s.; MILITELLO, *La formalizzazione dei criteri dell'«imputazione obiettiva»: una scelta codificabile?* dattiloscritto (2006), in corso di pubblicazione. Sostanzialmente recepiti i contenuti essenziali della categoria anche in EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, spec. 1058 ss., 1071 ss. Impensabili, senza la ricezione di fatto di molte tematiche e di contenuti sostanziali dell'imputazione oggettiva, numerose ricerche su colpa, omissione e preterintenzione: per es. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. La fattispecie*, Cedam, Padova, 1993, 21 ss., 185 ss., 357 ss., 384 ss. e *passim*; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, Milano, 1997, 138 ss., 148 ss.; CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Cedam, Padova, 1989, 142 ss., 153 ss. e *passim*. Analisi più critiche, invece, in MARINUCCI, *Non c'è dolo*, cit. (in modo appariscente e radicale, recepisce ampiamente l'imputazione oggettiva sul piano di alcuni suoi contenuti più essenziali, dicendo però di non farlo: una volta che l'ha inglobata, pensa quindi di sbarazzarsene); CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Giuffrè, Milano, 1999, 90 ss. (l'A., a differenza di Marinucci, contesta l'idea di una piattaforma di rischi comune a dolo e colpa, però anche questa sua ricerca sarebbe inconcepibile senza l'*humus* concettuale e il lessico dell'imputazione oggettiva, di cui di fatto perpetua la cultura); MORSELLI, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Indice pen.*, 2000, 11 ss.; DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, Torino, 2003, 327 ss., 348 ss. (il rifiuto della categoria, attraverso percorsi che in seguito saranno in parte commentati nelle note, a suo tempo, avviene con l'ammissione finale: «non si nasconde che in parte gli esiti dell'indagine possano coincidere con quelli di un largo settore della dottrina d'oltralpe», che è poi quella che li ottiene attraverso le argomentazioni dell'imputazione oggettiva: *ivi*, 473); LICCI, *Teorie causali e rapporto d'imputazione*, Jovene, Napoli, 1996, 169 ss. (l'A. è «antoliseiano», ma si rifiuta di prendere atto che proprio Antolisei è stato il primo sostenitore dell'imputazione oggettiva in Italia); DE VERO, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, spec. 1519 ss.

quelle teorie, che esige (non solo azione od omissione, dolo, colpa, causalità e risultato tipico, ma anche) *la creazione di un rischio illecito e la sua specifica realizzazione nell'evento* affinché vi sia, in genere, responsabilità penale<sup>12</sup>, è stato polverizzato e disperso dentro ad altre que-

---

(e qui, 1522-1523, significative aperture «di ricerca» su imputazione oggettiva e reati dolosi). A livello manualistico, un posto a sé occupano i già ricordati FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, PG<sup>4</sup>, Zanichelli, Bologna, 2001, 218 ss., la cui trattazione abbastanza ampia dedicata all'argomento fu la prima che – nelle precedenti edizioni (già in quella del 1985) – diede meritorio risalto alle teorie dell'imputazione oggettiva. Quella trattazione, però, è rimasta immodificata negli anni, e dopo un ventennio continua a non essere molto chiara (soprattutto agli studenti) la valutazione degli AA. In realtà, la teoria dell'imputazione oggettiva, come da presso sarà sempre più evidente nel testo, contiene un nucleo duro d'imputazione oggettiva in senso stretto, concettualmente incompatibile con una costruzione rigidamente separata delle fattispecie come quella seguita dagli AA. di questo fortunato manuale, che sotto tale profilo è molto più affine alle posizioni degli eredi contemporanei delle sistematiche finaliste. V. *infra*, nota 36 e Cap. II, note 4-5 e spec. par. 1, Cap. II. Per una valutazione problematica, non adesiva, ma neppure di opposizione, v. da ultimo FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, dattiloscritto (2006), in corso di pubblicazione.

<sup>12</sup> Su questa idea di fondo, che sintetizza le teorie dell'imputazione obiettiva, nessuno, in realtà, è disposto a sollevare obiezioni. Nelle principali ricostruzioni non sempre viene adeguatamente valorizzato, oltre ai canonici richiami a Larenz e Honig (K. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und der Lehre von der «juristischen Kausalität»*, Deichertsche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1927, *passim*; HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Festgabe R. Frank*, Bd. I, Mohr, Tübingen, 1930, 174 ss.), il fondamentale apporto teorico di Karl Engisch (ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Mohr, Tübingen, 1931, *passim*), presso il quale si trovano i concetti fondamentali del punto di vista *ex ante* e di quello *ex post*, nonché della creazione del rischio non consentito e della realizzazione del rischio nell'evento. In Larenz e Honig si introduce sì la categoria dell'imputazione oggettiva, ed emergono il suo esprimere la responsabilità per fatto proprio e l'opposizione a un'imputazione meramente causale (identificata con il caso); tuttavia, rispetto al *contenuto concettuale* odierno della categoria l'opera di Engisch (più sottovalutata solo perché non impiega l'«etichetta» dell'imputazione oggettiva) è almeno altrettanto essenziale. Rinvio sul punto a quanto osservato in DONINI, *Lettura sistematica*, parte I, 592 ss. Per un'utile ricostruzione storica v. anche HÜBNER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004. Sostiene ora G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, 4 (del dattiloscritto) che l'idea della «creazione» di un rischio sia più consona alla responsabilità commissiva, mentre a quella omissiva si adatterebbe meglio il concetto di aumento di un rischio preesistente. L'osservazione contiene un nucleo di verità. Peraltro, la formula tradizionale qui ricordata, va intesa nel senso che è richiesta la creazione di un rischio «illecito», e tanto nell'azione quanto nell'omissione si ha produzione di un rischio illecito: nell'omissione è illecito il rischio in quanto non si rimuove, neutralizza o diminuisce un rischio che, prima

stioni: di causalità, di colpa e di dolo, senza raggiungere un'unità concettuale<sup>13</sup>. Chi si è formato in un'epoca antecedente agli anni Ottanta del secolo scorso, reputa spesso che l'esigenza di uno specifico *nesso di rischio* fra condotta e risultato sia una questione da risolversi caso per caso, *iuxta propria principia*, «dentro» ai più diversi istituti e alle varie incriminazioni, senza fare assurgere questo tema a questione che abbia la 'dignità' di un argomento di parte (davvero) generale.

D'altro canto, non è certo il caso di tacere che anche nei Paesi dove l'imputazione oggettiva è dottrina dominante, recepita pure nel linguaggio della prassi, non regna una chiarezza solare attorno ad essa (ma dove si dibatte di più che da noi ciò accade anche per molte altre questioni), e affiora spesso un senso di complessità, d'insoddisfazione, anche se non trapela una nostalgia per le linee costruttive delle sistematiche precedenti<sup>14</sup>. Il fatto che nel progresso delle elaborazioni su

---

dell'omissione, non è affatto illecito (se non per altri, eventualmente): esso è illecito come conseguenza dell'omissione, non illecito di per sé, se discende (come per lo più accade) da eventi naturali.

<sup>13</sup> Oltre a quanto osservato in DONINI, *Il volto attuale*, 206-213, cfr. le difese di M. ROMANO, *Commentario*, vol. I<sup>3</sup>, Artt. 40/5 ss. e il quadro tracciato da CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, 413 ss.

<sup>14</sup> La letteratura straniera sul tema, soprattutto in lingua tedesca, è ormai sterminata. Per alcuni bilanci più recenti, FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre*, in GA, 2003, 719 ss.; e già ID., *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, in ROXIN-JAKOBS-FRISCH-KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, 19 ss.; PUPPE, *Die Erfolgsszurechnung im Strafrecht, dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Nomos, Baden-Baden, 2000, e qui anche la *Einleitung*, 1 ss.; SCHÜNEMANN, *Über die objektive Zurechnung*, in GA, 1999, 207 ss.; HIRSCH, *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, 745 ss.; JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, 89 ss.; ID., *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung*, in *Fest. Hirsch*, de Gruyter, Berlin-New York, 1999, 45 ss.; GIMBERNAT-SCHÜNEMANN-WOLTER (Hrsg.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Müller, Heidelberg, 1995; W. LÜBBE (Hrsg.), *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, de Gruyter, Berlin-New York, 1994; v. altresì la trattazione dell'ultima edizione del manuale di ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, § 11/44 ss., e qui, a nota 105 e al § 11/51, una rassegna delle posizioni critiche più recenti; sull'ampia e significativa diffusione della teoria in Austria, cfr. REITMAIER, *Die objektive Erfolgsszurechnung im österreichischen Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998. Quanto alla letteratura spagnola, per tutti, MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, in *Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, 1 ss.; e le trattazioni monografiche di MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid-Apartado, 1992; CORCOY BIDASOLO, *Imputación «objetiva» en el delito imprudente*, in *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, XXVI, numero monografico su causalità e imputazione og-

questi problemi non si possa pensare più di «tornare indietro», deve far riflettere chi invece vorrebbe rimanere allo stadio di un dibattito da anni Trenta, ai tempi del libro di Antolisei sulla causalità, le cui soluzioni di allora dovrebbero essere tradotte in legge in una futura modifica della disciplina delle concause, stando almeno alle più recenti proposte di riforma (v. *infra*, Cap. III, par. 3).

In questo clima, si comprende come sia possibile che le stesse Sezioni Unite, quando menzionano l'imputazione oggettiva (come nella sentenza Franzese del 2002 sulle leggi scientifiche nella causalità e sulla causalità c.d. omissiva), dimostrino di identificarla solo con una teoria (la teoria dell'aumento del rischio nei reati omissivi o in quelli colposi) che non esprime affatto l'essenza dell'imputazione oggettiva (anche se ne ha rappresentato una fra le soluzioni ad essa interne più pubblicizzate)<sup>15</sup>, e solo per questo possano pensare di rifiutarne il messaggio *in toto*, data quell'identificazione<sup>16</sup>.

---

gettiva, 33 ss.; ANARTE BORRALLLO, *Causalidad e imputación objetiva*, 13 ss., 157 ss.; B. FEIJÓO, *Resultado lesivo e imprudencia*, Bosch, Barcelona, 2001, 151 ss. e, da un punto di vista rigorosamente finalista, RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Bosch, Barcelona, 2001. Su posizioni più vicine al funzionalismo di Jakobs, CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la Teoría de la imputación objetiva*, Ed. Jur. Cuyo, Mendoza (Argentina), 2004; C. SUÁREZ GONZÁLEZ-CANCIO MELIÁ, *Estudio preliminar*, in JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, 21 ss. Nella manualistica rinvio soprattutto a LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, PG I, Editorial Universitas, Madrid, 1996, 373 ss. Nella letteratura sudamericana, fra gli altri, M.A. SANCINETTI, *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, in *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, 39 ss. (anche in AA.VV., *Teorías actuales en el derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, 181 ss.); Id., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; REYES ALVARADO, *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, in *Rev. del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Externado de Colombia, vol. XIII, 1991, 97 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, PG<sup>2</sup>, Ediar, Buenos Aires, 2005, 467 ss.; DAMÁSIO DE JESUS, *Diagnóstico da Teoria da imputação objetiva no Brasil*, Editora Damásio de Jesus, São Paulo, 2003; GRECO, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005. Cfr. anche la sezione dedicata al tema in AA.VV., *Teorías actuales en el derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, e qui contributi, oltre che di Sancinetti, di R. Pessoa, Busto Ramírez e Schünemann. Per la letteratura precedente, si fa rinvio ai richiami presenti nelle opere ora richiamate e alla bibliografia citata soprattutto nelle opere di Castaldo, Donini e Forti (*ante*, nota 11).

<sup>15</sup> Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, 601 ss. D'altro canto, persino STELLA, *Giustizia e modernità*<sup>3</sup>, Giuffrè, Milano, 2003, 286-287, mostra sorprendentemente di identificare l'imputazione oggettiva con l'aumento del rischio.

<sup>16</sup> Segnala bene questo fraintendimento anche VENEZIANI, *I delitti contro la vi-*

In questo tentativo di chiarimento, farò anche un'operazione di diplomazia scientifica, se mi si passa l'espressione. Ridurrò al minimo ogni forma di rigidità dogmatica e sistematica, mettendo un po' tra parentesi alcune posizioni che da sempre ho sostenuto al riguardo, fino ad interventi anche recenti. Cercherò in tal modo di fare vedere come le problematiche d'imputazione oggettiva si possano affrontare anche senza conferire alla categoria generale che le compendia una collocazione sistematica rigida, anche se unanimemente si tratta di una collocazione riguardante il *fatto tipico*, una componente oggettivo-normativa del fatto tipico.

È molto meglio, di fronte al rischio di un rifiuto immotivato e poco consapevole di elaborare culturalmente e tecnicamente un'intera galleria di problemi, un consenso di massima su alcune questioni di fondo, che travalicano le preferenze scientifiche di qualche studioso.

Vedremo, anzi, che nell'uso più comune del termine, in Germania, in Spagna e anche in Italia, si tratta di una categoria *che ha più di una collocazione sistematica, perché è trasversale all'elemento oggettivo e a quello soggettivo*, e scopriremo che questa collocazione ha una sua *ratio*, e non è affatto ridondante<sup>17</sup>. Risulteranno però anche i vari errori dei teorici d'oltralpe dell'imputazione oggettiva: errori tanto palesi quanto poco essenziali all'esistenza della categoria, e dei quali occorre quindi liberarsi al più presto (Cap. VI, par. 1).

A queste condizioni emergeranno meglio i *problemi sostanziali*, e dunque politici, che la tematica solleva. Spero così di dare un contributo al livello di attenzione su questi problemi, che riguardano la *responsabilità per fatto proprio* e mi sembrano oggi francamente molto più interessanti e bisognosi di un consenso generale sul significato politico-criminale di una categoria, anziché in rapporto al suo posto preciso nelle stanze del sistema penale<sup>18</sup>.

---

*ta e l'incolumità individuale*, tomo II, *I delitti colposi*, Cedam, Padova, 2003, 56-58 (v. pure M. ROMANO, *Commentario*, vol. I<sup>3</sup>, Artt. 40/5).

<sup>17</sup> Solo che per capirlo ci si deve liberare dal modo di pensare diffuso che costringe, come in un letto di Procuste, i concetti di parte generale a stare solo in una casella, in un ripiano, in un contenitore, e per far ciò esaspera una «costruzione ad albero» dell'edificio sistematico (in linea di massima da seguire e ribadire), che privilegia la logica naturalistica di classificazione *per genus et speciem* e impedisce uno scambio interno tra alcune categorie più trasversali che non siano quelle di un qualche *genus*. Sulle origini della costruzione della parte generale nell'opera di Tiberio Deciani v. ora (senza dimenticare i classici studi di Marongiu e Schaffstein) PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la «parte generale» di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006, spec. 146 ss., nonché AA.VV., *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, a cura di M. CAVINA, Forum, Udine, 2004.

<sup>18</sup> Resto dunque fedele all'idea, espressa in altra occasione, che la dogmatica

All'esito del discorso si vedrà dunque con chiarezza che non è tanto una precisa nozione sistematica che collega le principali questioni d'imputazione oggettiva, ma un principio: quello di responsabilità per fatto proprio. Come tutti i principi, esso occupa e informa in maniera trasversale diversi istituti ed ha una dimensione molto sostanziale e politica. Affinché tale principio diventi «diritto», è però necessario che sia tradotto in qualche regola e in qualche categoria. L'imputazione oggettiva è stata pensata per rendere giuridicamente operativa la valenza politica di quel principio.

## 2. Imputazione oggettiva, in senso stretto e in senso lato

Il termine imputazione, per il giurista, non necessita di commenti particolari per essere legittimato<sup>19</sup>: si imputano la condotta, il dolo, la colpa, la colpevolezza, e quindi anche l'evento, la causalità. Ci sono, in altre parole, criteri prettamente normativi di ascrizione di quelle realtà in parte naturali e in parte normative esse stesse. Per es., se la causalità non coincide con il nesso di condizionamento naturalistico, ma suppone una *condicio sine qua non*, accertata secondo un determinato grado di certezza probatoria, già questo condizionamento contiene una sua regola di «imputazione», che non vale per es. per il biologo, per il medico-legale, ecc. La stessa causalità è imputazione, perché serve al giurista al fine di imputare un evento, e non semplicemente a «spiegarlo».

Questo *non significa*, beninteso, *che tutto sia imputazione*, e venga ridotto a norma, o a volontà autoritativa della legge<sup>20</sup>: la causalità, la

---

ci divide, essendo più pluralistica dei principi, e che i principi possono unirci di più (anche se è illusorio pensare che li decliniamo allo stesso modo, già nel contesto culturale europeo). Questo non ci esime dal seguire impostazioni che riteniamo tecnicamente o scientificamente rigorose o esatte anche sul piano comunemente definito dogmatico. L'operazione che vorrei affrontare qui, peraltro, è di mediazione culturale.

<sup>19</sup> Ricche e dotte ricostruzioni, al riguardo, in CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, 343 ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, C. Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, 2 ss., 99 ss.; HRUSCHKA, *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, in *Rechtstheorie*, (22), 1991, 449 ss. V. altresì HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Cram, de Gruyter & Co., Hamburg, 1957, 11 ss.; RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, (1904), Neudruck Scientia Verlag, Aalen, 1967, 68 ss.; KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923<sup>2</sup>), Neudruck Scientia Verlag, Aalen, 1984, 72 ss.

<sup>20</sup> Per la critica a questa idea rinvio a DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 103 ss.

colpa, il dolo, hanno un nucleo naturalistico o una dimensione psicologica o comunque prenormativa, che il diritto considera come oggetto della sua valutazione, e non crea, né può manipolare artificialmente oltre certi limiti<sup>21</sup>.

Tutto ciò premesso, va da sé che si «imputano» anche l'elemento oggettivo e l'elemento soggettivo.

L'imputazione dell'elemento oggettivo comprende già un ambito classico dell'imputazione oggettiva: la rilevanza sociale del comportamento materiale-obiettivo, il livello di rischio socialmente consentito, la causalità, la sua consistenza giuridica, il verificarsi di un evento tipico come conseguenza del rischio illecito che si ascrive all'autore, ecc. Peraltro, non tutta la valutazione giuridica dell'elemento oggettivo, o del fatto tipico in senso oggettivo coincide con l'imputazione oggettiva. Sono soprattutto i profili di rilevanza giuridica del rischio penalmente rilevante e del suo materializzarsi nell'evento a circoscrivere il suo ambito, come si vedrà. Possiamo definirla, così delimitata, come imputazione oggettiva *in senso stretto*.

«In senso stretto» significa: un'imputazione che è oggettiva perché opera in modo uguale a prescindere dal carattere doloso o colposo della condotta: ci sono alcuni rischi che comunque non sono ascrivibili, alcuni doveri che sono di competenza di terzi, alcune concause che non possono venire accolte, ecc., senza distinguere tra dolo e colpa. Non si potrà dire, a questo livello, che la soluzione va differenziata in caso di dolo rispetto all'ipotesi colposa. Questo livello è dunque oggettivo in un'accezione sistematica – e precede l'accertamento del dolo o della colpa –, sì che conosce soluzioni unitarie<sup>22</sup>. Essa abbraccia, come

---

<sup>21</sup> Nessun ontologismo. La *Natur der Sache* resta un luogo argomentativo, un *topos*: si dice natura delle cose per esprimere un nesso fra essere e dover essere, non una necessaria deduzione del secondo dal primo (cfr. DONINI, *Il volto attuale*, 285 e nota 8). Però, la differenza tra soggetto e oggetto, tra valutazione e suo oggetto, anche se non ha il ruolo *sistematico* che presentava nell'opera di Delitala (il «fatto» come oggetto di valutazione, l'«antigiuridicità» come momento valutativo generale e obiettivo, la «colpevolezza» come inosservanza dolosa o colposa di un comando o divieto, tale da determinare la rimproverabilità del fatto antigiuridico commesso), né la valenza ontologica che contrassegna l'opera di Welzel (le «sachlogischen Strukturen»), deve pur essere mantenuta. Con essa, anche la distinzione fra un momento più oggettivo in senso stretto e uno più soggettivo. *L'imputazione oggettiva, perciò*, che è categoria trasversale (come il principio di responsabilità per fatto proprio), *occuperà più momenti sistematici distinti*, entro il fatto tipico oggettivo e quello soggettivo, e si potrà definire *oggettiva in senso stretto e in senso lato* (v. di seguito, nel testo).

<sup>22</sup> È questo, come anticipato, il livello a cui avevo delimitato fin qui, nei lavori in cui mi sono pronunciato intorno a tali argomenti, la categoria dell'imputazione oggettiva (in senso stretto, dunque). Preferisco peraltro affiancare a tale



detto, momenti che riguardano la «creazione» di un rischio illecito e aspetti della «realizzazione» del rischio nell'evento. Ma non è tutto.

Nel linguaggio corrente, questa categoria è stata *estesa* anche ad abbracciare criteri normativi d'imputazione di un fatto (e specialmente dell'evento) a titolo di colpa o di dolo, ritenuti rilevanti per realizzare il principio di responsabilità per fatto proprio. È «oggettiva», dunque, secondo un uso abbastanza diffuso dopo la ripresa dei temi dell'imputazione oggettiva a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, anche l'imputazione che opera nel fatto colposo o in quello doloso, tutte le volte che i criteri che si utilizzano servano a garantire la responsabilità per fatto proprio, prima ancora che quella per fatto proprio colpevole, e tutte le volte che l'elemento soggettivo dolo o colpa non sia in discussione, vertendo piuttosto il problema sul *nesso di rischio tra la condotta soggettivamente già qualificata e il risultato*.

Non si tratta dunque di un momento espressivo del carattere schiettamente doloso o colposo della condotta, ma di un nesso di rischio che contrassegna l'attribuzione del fatto o dell'evento *ad una condotta già «dolosa» o «colposa»*<sup>23</sup>: i temi dell'aumento del rischio, dello scopo di

---

concetto, ora, un concetto d'imputazione oggettiva in senso lato, che corrisponde a un ulteriore e frequente uso del termine, in letteratura, al fine di rendere un servizio al dialogo, e non solo alla precisione concettuale. L'operazione è resa possibile, come chiarito nel testo, perché le due accezioni sono accomunate dal fatto che entrambe sono concretizzazione tecnica del principio di responsabilità per fatto proprio.

<sup>23</sup> Ciò presuppone che si possa dare per acquisito che una qualche condotta dolosa o colposa esista prima dell'evento, ma non anche che (come alcuni ritengono) ci sia un illecito d'azione *ex ante* (in tedesco: Handlungsunrecht) della condotta penalmente dolosa e colposa, *prima* del richiesto verificarsi dell'evento tipico (il discorso è chiaramente diverso per i reati di sola condotta). Su questi profili abbastanza tecnici, ma anche profondi, della questione non intendo dilungarmi ora. In passato ho ritenuto di rigettare la stessa opportunità giuridica di parlare di un dolo o di una colpa, prima dell'evento o del fatto (e quindi a prescindere da esso), sostenendo che rimane un primato del principio di oggettività (DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 222 ss., 238 ss.) e che solo dopo l'attribuzione oggettiva (e quindi l'accertamento) di un fatto o di un evento si può discutere pienamente e veramente del dolo o della colpa: prima dell'evento c'è una antiprecoattività della condotta, ma non una vera antiggiuridicità del «fatto». O meglio, se il fatto è un tentativo, sì, ma se il fatto è un evento lesivo consumato, la sua condotta tipica esiste compiutamente solo di fronte a quell'evento, non prima di esso. Per questa stessa ragione mi sono opposto all'uso della categoria dell'imputazione oggettiva che implicasse l'attribuzione «oggettiva» di un evento dopo aver deciso che la colpa o il dolo c'erano già (come se si dovessero accertare dolo e colpa *prima* dell'evento), e ho quindi limitato l'uso della categoria dell'imputazione oggettiva ai casi nei quali si tratta di decidere se l'evento è fatto proprio del soggetto a un livello che logicamente precede la decisione giudiziale su dolo e colpa, vale a dire prima dell'accertamento della volontà del soggetto rispetto al

tutela della norma (salvo vedere in che limiti sia un parametro praticabile), dell'evitabilità e del comportamento alternativo lecito nel reato colposo d'evento, dell'*aberratio causae*, rientrano tutti in questo discorso allargato sull'imputazione oggettiva dentro ad un fatto tipico già colposo o già doloso e sono tutti aspetti della «realizzazione del rischio», non della creazione di un rischio illecito (che invece è già presupposta).

La possibilità di un'operazione di questo tipo è, in effetti, tradizionale anche già sul piano eziologico. Per es., la stessa causalità, dovendosi collegare ad una condotta che la precede, se la si accerta all'interno di una contestazione di dolo o di colpa, presuppone un comportamento che, in ipotesi, è doloso o colposo. Da ciò, tuttavia, l'accertamento rimane condizionato<sup>24</sup>. Nel reato colposo, per es., si

---

fatto commesso: un livello «generale», non contaminato da questioni soggettive di volontà, come il livello del rischio lecito, il nesso di condizionamento, i fattori causali «interruttivi», ecc. (DONINI, *op. ult. cit.*, 70-85, 291 ss., 464 ss., 468 ss.; e prima ID., *Lettura sistematica*, parte II, 1137 ss.). Sono i casi che ho poc'anzi, nel testo, definito d'imputazione oggettiva *in senso stretto*. I criteri che riguardano specificamente una condotta già colposa o già dolosa li avevo ritenuti criteri normativi d'imputazione del fatto doloso o colposo, o d'imputazione del dolo o della colpa: li ho qualificati, perciò, come criteri d'imputazione «soggettiva». Prendo atto che questa mia impostazione non è seguita lessicalmente dalla letteratura dominante che accoglie la teoria dell'imputazione oggettiva (e che, invero, si interroga poco su tali questioni a mio avviso molto centrali, soprattutto là dove taluno pensi di costruire un «illecito di condotta» dentro ai reati di evento e a prescindere da questi ultimi, come spesso accade in Germania: v. anche quanto ho osservato, ancora, in DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, 159-172), ma solo dalle correnti che non l'accolgono. Ammetto peraltro che è possibile trovare comunque una sorta di «composizione linguistica» fra il punto di vista a cui resto legato e l'uso corrente della categoria, e quella composizione si ravvisa al meglio valorizzando il profilo della *responsabilità per fatto proprio* e quello del *rapporto di rischio*, che costituiscono il vero *background* delle discussioni sulla categoria in esame (v. il testo), e assegnando a una nozione d'imputazione oggettiva *in senso lato* le ipotesi dove si discute della realizzazione del rischio attivato da una condotta che si sappia già (perché non sussistono problemi di prova della dimensione soggettiva della condotta) essere dolosa o colposa sul piano psicologico. Parlare del dolo (di una condotta dolosa) *prima* della compiuta realizzazione dell'elemento oggettivo tipico *non è erroneo se* conserva un significato provvisorio, per fare capire che in concreto non emergono problemi di accertamento dell'elemento psicologico, che questo è, nella fattispecie, fuori discussione, mentre è problematico il «nesso di rischio» fra condotta (dolosa o colposa) ed evento. *Si può dire che le ipotesi d'imputazione oggettiva presuppongono (e gli esempi riflettono ciò) che non sia in discussione la prova dell'elemento soggettivo che ha sorretto la condotta: sono in discussione il fatto oggettivo o la realizzazione oggettiva del dolo o della colpa nel fatto.*

<sup>24</sup> Nella nostra letteratura, per es., esalta molto questo condizionamento del-

dovrà pur sempre verificare che l'evento è conseguenza *della colpa*, e non solo *della condotta*: e quindi si porranno specifiche verifiche riguardanti il 'nesso' di anti giuridicità, il materializzarsi nell'evento dello specifico addebito sulla diligenza o la prudenza «omesse», e quindi si ricostruirà la *c.s.q.n.* in rapporto a una condotta *ipotetica* – come accade nell'omissione – modellata sul c.d. comportamento alternativo lecito.

Ecco, anche questo tipo di accertamento, che è «interno al fatto colposo», viene assegnato dalla letteratura prevalente ai parametri d'imputazione c.d. oggettiva. Possiamo definire questa *imputazione* come *oggettiva in senso lato*<sup>25</sup>.

Sono casi nei quali un dolo e una colpa ci sono (anche se l'accertamento compiuto del «fatto» doloso e colposo tipico suppone pur sempre, nei reati d'evento, che si sia verificato il risultato), ma è il nesso di

---

l'elemento soggettivo sulla stessa condotta, e quindi sulla stessa «causazione» del fatto, PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PG<sup>8</sup>, 273 ss., 341 ss., al di là dei risultati a cui perviene, in tal modo, alcuni dei quali riflettono posizioni molto personali dell'A. È un'impostazione che trova poi un suo naturale sbocco nella c.d. costruzione separata delle fattispecie (peraltro criticata da PAGLIARO, *ibidem*, 271 s.), in quanto se si 'separano' fatto doloso e colposo fin dall'origine, risulta più facile ipotizzare che essi si distinguano anche sul terreno causale (nel «modo» della causazione), o che si possano imputare al dolo certe conseguenze che non sarebbero ascrivibili alla colpa (cfr. per es. il tema del comportamento alternativo lecito o dell'ascrivibilità solo delle conseguenze che rientrano nello scopo della regola cautelare violata). La posizione di Pagliaro, a tale riguardo, è bifronte: separa la causalità, ma nega la qualificazione separata. In realtà, la costruzione separata che egli veramente contesta non è il dominio del soggettivo sull'oggettivo (punto di vista comune alla tradizione del finalismo, dopo Welzel), ma l'idea che con quella separatezza si possa addirittura giungere a negare un concetto generale e unitario di condotta, il cui mantenimento pare al chiaro A. di grande rilevanza.

<sup>25</sup> Sul piano strettamente sistematico questi profili sono inerenti a questioni di tipicità soggettiva, non oggettiva: parlare d'imputazione oggettiva è un modo per imputare il nesso rischio-evento all'interno del fatto doloso o colposo, senza far dipendere integralmente e solo dal dolo e dalla colpa quell'imputazione: essa sarà spesso differenziata nei due casi, ma non riguarderà l'essenza psicologica della condotta, la sua qualificazione soggettiva, bensì, come detto, l'attribuzione del risultato al rischio attivato. Utilizzo qui il concetto d'imputazione oggettiva in senso stretto e in senso lato in un significato diverso da quello che gli attribuisce FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand*, 725 s., il quale parla d'imputazione oggettiva in senso lato con riferimento a quelle posizioni della letteratura tedesca (per es. Hardwig, Hruschka, Jakobs, Wolter, Lesch) che utilizzano il concetto di *Zurechnung* in un significato generalissimo, quale sinonimo di teoria del reato, come accadeva dopo Hegel e prima di von Liszt, di Beling e di Radbruch (v. sul punto la parte storica del libro di Radbruch sul concetto di azione).

rischio con l'evento che può mancare o essere incongruente, nonostante la presenza di una causalità naturalistica.

Nel prosieguo mi occuperò del nesso di rischio in generale, e perciò tanto nell'imputazione dell'elemento oggettivo del fatto tipico, e si tratterà dell'imputazione oggettiva in senso stretto, quanto, altresì, dei criteri di imputazione dell'evento interni al fatto specificamente e distintamente colposo o doloso, se ed in quanto siano espressione del principio di responsabilità per fatto proprio. In questo secondo caso, il richiamo sarà a un concetto più lato d'imputazione oggettiva, alla realizzazione obiettiva di una congruenza tra il rischio attivato dalla condotta già dolosa o colposa e l'evento cagionato<sup>26</sup>.

### 3. *Imputazione (oggettiva e soggettiva) e condizioni obiettive di punibilità*

Perché si dia un'imputazione di diritto sostanziale è necessario che il fatto ascritto sia addebitabile in qualche modo al soggetto. Se quel fatto può dipendere integralmente dal caso, o dal comportamento di un terzo, esso non si «imputa». Questa è la ragione per la quale, tradizionalmente, si dice che le condizioni obiettive di punibilità (art. 44 c.p.), dipendendo dal caso, non si imputano, ma «rilevano» se si verificano: esse, semplicemente, accadono.

L'evento condizionale non esige una responsabilità per fatto proprio. Se, per qualche ragione, esso viene a 'pesare' sul giudizio di responsabilità, ciò significa che è una condizione «impropria», così intrinseca all'offesa o all'illecito, che dovrebbe essere imputata almeno per colpa (è il caso dell'insolvenza, nella bancarotta, quando la condotta di rilevanza patrimoniale l'ha condizionata o determinata, e allora il peso di questo fatto gioca un ruolo nella risposta punitiva, e dovrebbe essere diversamente valorizzato in sede di riforma: *infra*, Cap. V, par. 5). Finché, invece, si può prescindere da tale valenza responsabilizzante, quell'evento, per quanto «lesivo», rimane una vera condizione: potrà inerire all'offesa, ma se si limita a «selezionare» una sua intensificazione, senza nulla togliere alla meritevolezza di pena del fatto privo della condizione (per es. la sentenza dichiarativa di una procedura concorsuale che, come fatto giuridico, è cosa diversa dall'insolvenza

---

<sup>26</sup> Per i penalisti che seguono una tradizione molto classica di analisi bipartita del reato, e lo scompongono in elemento oggettivo ed elemento soggettivo, il rapporto di rischio (e dunque l'imputazione oggettiva) abbraccia entrambi questi elementi, ma è evidente anche qui che l'elemento soggettivo ne resta coinvolto non nella componente più personalistica del giudizio di colpevolezza.

che accerta), appare del tutto legittima sul piano costituzionale<sup>27</sup>.

Il dibattito scientifico e la storia dell'applicazione delle incriminazioni hanno dimostrato che l'istituto delle condizioni obiettive conserva una valenza dogmatica, anche se non sempre legislativa, notevole<sup>28</sup>. Anche quando crediamo di averle eliminate, esse ricompaiono sotto forme diverse.

Ad es. pensiamo che *nella colpa* l'evento sia l'elemento costitutivo classico, da cui dipende l'esistenza del reato, e poi ci accorgiamo che non sappiamo decidere il caso in cui c'è un rilevante dubbio sul comportamento alternativo lecito, sulla causalità della colpa, su che cosa sarebbe successo in caso di condotta diligente o prudente<sup>29</sup>: quell'evento, allora, è incollato a una colpa separata? Si può condannare perché c'è una colpa che inerisce alla condotta che ha materialmente cagionato l'evento (per es. causando un incidente automobilistico con feriti) senza che sia la colpa ad averlo cagionato (senza che si sappia se una condotta diligente avrebbe evitato le lesioni successive)? O senza che si possa dire che quell'evento, pur cagionato, sarebbe stato se non sicuramente evitato, tuttavia evitabile in modo davvero significativo (più probabile che no) da parte della condotta osservante? E se invece l'evento «qualifica» soltanto la colpa, se non è veramente la sua provata materializzazione, non si avvicina un po' alle c.o.p.?

Lo stesso accade, *su entrambi i versanti doloso e colposo*, nei reati con eventi a distanza, nei disastri, nella successione temporale di più garanti nella medesima (o corrispondente) posizione di garanzia ri-

<sup>27</sup> Cfr. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 898 ss., poi in *Id.*, *Diritto penale*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2003, 1005 ss. Nell'interpretazione qui seguita (v. Cap. V, par. 5), la sentenza dichiarativa del fallimento è c.o.p., mentre l'insolvenza che ne costituisce il presupposto ha una valenza sostanziale e lesiva: perciò, dovrebbe entrare nell'imputazione oggettiva e soggettiva.

<sup>28</sup> Per una giustificazione più argomentata cfr. DONINI, *Teoria del reato*, 404 ss.; *Id.*, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium Iuris*, 1997, 592 ss. Non è un caso che al tema siano dedicati vari studi nell'ultimo decennio, che rinnovano discussioni classiche: da ultimo D'ASCOLA, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Esi, Napoli, 2004. Proprio l'imputazione oggettiva dell'evento esalta la valenza teorica e politico-criminale delle c.o.p. come vero crocevia non solo della (tradizionale) distinzione fra reato e vicende della punibilità, ma anche tra evento, imputazione ed elementi sottratti a una logica d'imputazione.

<sup>29</sup> Di recente v. la trattazione di VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie» nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, Padova, 2003, 20 ss., 172 ss., e, nelle opere generali, quella di M. ROMANO, *Commentario*, vol. I<sup>3</sup>, Art. 41/36 ss. Sul punto, anche per ulteriori e divergenti posizioni, v. *infra*, Cap. IV, parr. 3-5.

spetto ad un evento verificatosi molto tempo più tardi, come sommatoria di complesse e intrecciate eziologie, condizioni e rischi.

*Esempio.*

Quando la legge richiede che da un qualche attentato a impianti, o da un qualche danneggiamento, derivi un pericolo di disastro o per l'incolumità pubblica (per es. artt. 427, 429, 431, 433, 434 c.p.), fa differenza se l'evento è elemento costitutivo o c.o.p.: nel primo caso, trattandosi di un evento a distanza, sarà spesso «concausato» da molti altri fattori, rispetto ai quali la condotta attentatrice iniziale potrebbe apparire come un fattore condizionante sì, ma non «scatenante» il pericolo. In queste ipotesi, certa una colpa (o un dolo di pericolo) a monte, si dovrà verificare se nell'evento si è realizzato il rischio doloso o colposo inizialmente attivato: non è, questo, un problema di causalità o di elemento soggettivo, ma di adeguato «nesso di rischio», che la diversa qualificazione del risultato come c.o.p. renderebbe del tutto vano, bastando in tal caso un mero accadimento fortuito.

Ogni volta che il legislatore, oppure l'interprete, si impegna a esigere che un qualche «evento» sia ascritto solo perché conseguenza di un determinato nesso causale e di un determinato rapporto di rischio con la condotta tipica, quell'evento si allontana dalla figura delle condizioni di punibilità, per diventare l'evento costitutivo del reato. L'individuazione del citato nesso di rischio è ciò che differenzia dunque l'evento dalle condizioni di punibilità.

Il tema, come già ora ognuno comprende, non ha perduto affatto d'attualità, né di grande rilevanza pratica. Le condizioni obiettive di punibilità si collocano sulla soglia dell'argomento qui affrontato: *l'imputazione oggettiva comincia là dove finisce la responsabilità oggettiva e dove l'evento non è una mera condizione di punibilità*<sup>30</sup>.

#### 4. *L'imputazione oggettiva (i.e. il «nesso di rischio») come 'categoria' tecnica del 'principio' di responsabilità per fatto proprio*

Poiché, come abbiamo visto, si può imputare solo ciò che non è ascrivibile al caso, ma neppure al fatto di terzi o della vittima, la di-

---

<sup>30</sup> Dedicato a tale dimostrazione è stato il mio lavoro *Lettura sistematica*, che poi ho ripreso in vari studi successivi. Una conferma della validità di quell'impostazione – al di là di singoli altri aspetti che io stesso ho un po' riveduto con gli anni – la riscontro nel recente libro di CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, 423 ss. e *passim*, che ricollega a tutto campo l'imputazione oggettiva al tema della responsabilità per fatto proprio.

scussione sull'imputazione oggettiva è espressione del principio di responsabilità per fatto proprio: *l'imputazione oggettiva è la 'categoria' dogmatica corrispondente al 'principio' della responsabilità per fatto proprio.*

Chi non ama la dogmatica (o lo stile autoritario di un certo tipo di dogmatica, qui parimenti non condiviso)<sup>31</sup>, dovrà pur confrontarsi con il principio che essa esprime e quindi non potrà rifiutare la categoria scientifica che traduce tecnicamente un principio costituzionalmente vincolante. Non facciamo mere questioni di nomi, si capisce.

Nello stesso tempo, non si deve credere che tutte le problematiche qui in oggetto, riguardando la responsabilità per fatto proprio, siano «coperte» da un rigido vincolo costituzionale: non è così, perché per la responsabilità per fatto proprio, come per la colpevolezza, ci sono livelli minimi costituzionalmente imposti, e livelli di realizzazione maggiore del principio, politicamente liberi, e come tali accolti, oppure trascurati, dalla legislazione ordinaria.

La categoria in esame, com'è risaputo, nel dibattito meno risalente (per non arrivare alle origini dell'*imputatio* più in generale, sino ad Aristotele) è nata tra la fine degli anni Venti e l'inizio degli anni Trenta del secolo scorso nelle riflessioni di Larenz e Honig in Germania e in quelle di Antolisei in Italia, relative al nesso genetico che la causalità presenta con la responsabilità per fatto proprio come distinta dalla responsabilità per il caso<sup>32</sup>.

Essa ha, oggi, limitandoci all'ordinamento italiano, un fondamento costituzionale nell'art. 27, primo comma, Cost. («la responsabilità penale è personale»)<sup>33</sup>.

La responsabilità per fatto proprio *precede logicamente* quella per fatto proprio colpevole (= tratta questioni antecedenti l'elemento soggettivo), ma poi la conferma, la orienta (= si esprime anche *all'interno*

<sup>31</sup> Cfr. quanto osservato in DONINI, *Il volto attuale*, 156-159.

<sup>32</sup> Riferimenti in CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, 59 ss.; DONINI, *Lettura sistematica*, parte I, 589 ss.; Id., *Illecito e colpevolezza*, 291-307; ANARTE BORRALLLO, *Causalidad e imputación objetiva*, 94 ss.; SCHRÖDER, *Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *Fest. Androulakis*, Sakkoulas Verlag, Athen, 2003, 651 ss.; HÜBNER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, 46 ss., oltre che nei principali manuali e commentari, soprattutto di lingua tedesca.

<sup>33</sup> Nella letteratura più recente, e qui gli essenziali riferimenti, cfr. ALESSANDRI, *Il primo comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA-PIZZORUSSO, *Rapporti civili, Artt. 27-28*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1991, 15 ss.; DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I<sup>3</sup>, a cura di INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI, Giappichelli, Torino, 2006 (in corso di stampa), par. 3.1., 198 ss. (delle bozze); CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, 89 ss.

dei profili differenziali e specifici dei fatti dolosi e colposi). Esse, perciò, *non coincidono*.

L'imputazione oggettiva, come si comprende bene già da ora, non ha nulla a che vedere con la colpevolezza in senso stretto<sup>34</sup>: di colpevolezza si può parlare solo dopo che esiste un fatto oggettivamente e soggettivamente tipico e già anti-giuridico, mentre a livello dell'imputazione oggettiva si discute ancora se manchi il fatto tipico a livello oggettivo, oppure se manchi la possibilità di imputare come fatto proprio il risultato di una condotta già contrassegnata dall'elemento soggettivo.

Quando, per es., negli esempi già ricordati (par. prec.) si discute del 'nesso' tra colpa ed evento o tra dolo ed evento nei reati di omicidio e lesioni colposi o nei delitti contro l'incolumità pubblica, la colpevolezza del soggetto che ha-già-agito, se fosse imputabile, se potesse conoscere la legge penale, se avesse un qualche dolo o una colpa di base, sono questioni del tutto fuori dibattito, che diamo per assodate (e altrimenti dirimenti): ciò che invece discutiamo è del nesso di rischio tra voluto e realizzato.

---

<sup>34</sup> *Contra*, MARINUCCI, *Non c'è dolo, passim*, peraltro muovendo da un concetto larghissimo di colpevolezza, che già comincia a fare vacillare la dimensione tipizzante di dolo e colpa (il dolo e la colpa come azione e quindi come fatto tipico), peraltro qui ancora ribaditi dall'A. (*ivi*, 35), secondo quanto dallo stesso già sostenuto in *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971, 153 ss. Della abnorme vastità di una concezione lata della colpevolezza (propria in realtà di chi assegna a tale categoria tutto il soggettivo, e forse tutto il dolo e tutta la colpa) vi è ancora traccia anche in alcune opere didattiche italiane, dove la colpevolezza (identificata con il principio di colpevolezza, dal quale non sempre si distingue bene la colpevolezza come categoria sistematica) è comprensiva ormai di una quantità tale di problemi da risultare concettualmente ingovernabile, molto più delle stesse teorie dell'imputazione oggettiva per come «estese» in alcuni noti manuali tedeschi (per es. di Roxin e di Jakobs). Si consideri quanti problemi vengono messi, da chi segue una nozione così ampia della categoria, nel calderone della colpevolezza: responsabilità oggettiva, palese o occulta, delitti aggravati dall'evento, preterintenzione, *aberratio ictus* e *delicti*, prevedibilità, rischio, pericolosità *ex ante* a base parziale, dolo, colpa e loro presunzioni, errore sul fatto ed errore sulla legge penale, errore sulle cause di giustificazione, imputazione delle circostanze, stati e motivi e passionali, recidiva (esaltata nella colpevolezza da parte di chi abiura la categoria della capacità a delinquere), imputabilità, semimputabilità, vizio di mente, stato di necessità scusante e cause di esclusione della colpevolezza in senso lato, caso fortuito e forza maggiore (per taluni), per non parlare poi di tutta la commisurazione della pena, che sarebbe dominata («alla tedesca») dal giudizio di colpevolezza: con il risultato di aver costruito un edificio privo di una apprezzabile linea costruttiva. Si consenta di rinviare, per una critica più analitica sul punto, a DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 551 ss., 572 ss.



È vero, pertanto, che anche quando opera all'interno delle dinamiche specifiche del fatto doloso o colposo, la responsabilità per fatto proprio conserva una sua autonomia dal momento strettamente soggettivo del fatto (= da ciò che lo rende, rispettivamente, doloso o colposo), e ovviamente anche dal differente contenuto di colpevolezza di quello.

Proprio là dove c'è una qualche colpa o c'è un dolo si può dunque ancora discutere fino a che punto sia corretto accollare un certo risultato, affinché esso non diventi, anziché l'evento del reato, una sorta di evento-condizione di punibilità, o resti comunque il fatto di un terzo.

Nel dibattito contemporaneo, soprattutto di lingua tedesca e spagnola, alcuni Autori hanno fatto dell'imputazione oggettiva una supercategoria che occupa quasi metà dell'analisi del reato<sup>35</sup>, «rifondando» quest'ultima in opposizione alle tendenze soggettivistiche del finalismo (che vedeva l'essenza del reato nell'atteggiamento finalistico del soggetto e ci ha lasciato in eredità la c.d. costruzione separata delle fattispecie, dove non c'è più un significativo spazio per un «elemento oggettivo» comune a dolo e colpa)<sup>36</sup> per riportarla verso un nuovo tipo di

---

<sup>35</sup> Per un'opportuna critica a tali tendenze vedi già FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg, 1988, 22 s., 33 ss., e più di recente ID., *Zum gegenwärtigen Stand*, 725 s., 738 ss.

<sup>36</sup> L'opposizione al finalismo è già ben presente nello scritto che, tra i primi, inaugurò il nuovo dibattito sulla categoria al principio degli anni Settanta del secolo passato, e cioè il saggio di ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Fest. Honig*, Schwartz, Göttingen, 1970, 1331 ss., spec. 147-150, ma riguardava soprattutto lo stile normativistico dei criteri dell'imputazione oggettiva, rispetto a quelli pregiudiziali del finalismo e della sua teoria dell'azione. In seguito, è stata ancora l'insistenza dei finalisti a ribadire un concetto pre-normativo e come tale «non disponibile» dell'«oggettivo» (per es. HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, in *Fest. der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln*, Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, 407; per una critica più diffusa a tale pretesa v. quanto osservato in DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 355-357, nota 18, con altri rinvii) e conseguentemente del soggettivo, sì da esigere che appartenga al soggettivo ogni problematica di rischio e di conoscenze intorno a tale rischio da parte di qualsiasi agente (per es. Arm. Kaufmann, Struensee, in Germania: sulle loro posizioni e quelle di altri AA. italiani orientati in modo simile, v. *infra*, Cap. III, parr. 2-3). Affine a queste impostazioni è poi l'idea dell'inerenza alla colpa (come elemento soggettivo) della maggior parte delle problematiche riguardanti il rischio consentito (per es. Arm. Kaufmann, Hirsch, Marinucci in Italia). Ne è risultata così pregiudicata una categoria «anticipata» a dolo e colpa come l'imputazione oggettiva, che contenesse elementi di rischio da valutarsi in modo obiettivo e di valore generale anche per il dolo. È su tali basi soggettivistiche, soprattutto, che gli eredi più stretti del finalismo in Germania (per es. i citati H.J. Hirsch, Arm. Kaufmann, E. Struensee in Germania) e in Spagna (per es. Cerezo Mir, Gracia Martín) optano

oggettivismo. Questo oggettivismo, di impianto sicuramente «antifinalista», vede l'essenza dell'illecito penale (in senso stretto, cioè del fatto antiggiuridico, prima che sia compiutamente un reato con l'aggiunta della colpevolezza normativa) nell'orientamento oggettivamente pericoloso della condotta, o nella violazione di una disciplina di *status*, o di competenze giuridiche<sup>37</sup>, anziché in un comportamento (lesivo) dominato dalla differente volontà del soggetto. Di fronte a queste visioni parziali e contrapposte, noi non ci abbandoneremo a nessuna esagerazione – e neppure a quella italiana tradizionale che vede l'essenza del reato (o dell'illecito, del torto) solo nella lesione o messa in pericolo del bene giuridico, come se si trattasse di un illecito (per altri versi) essenzialmente «oggettivo» –, e continueremo a privilegiare un'analisi equilibrata che valorizzi pienamente sia la componente oggettiva e sia quella soggettiva insieme. È da una simile prospettiva, in equilibrio fra disvalore d'azione e d'evento, che valuteremo il 'posto' che può essere assegnato all'imputazione oggettiva<sup>38</sup>.

5. *Perché il dolo e la colpa non assicurano di per sé il rispetto della responsabilità per fatto proprio, e quindi dei criteri d'imputazione oggettiva*

Prima della nascita dell'imputazione oggettiva la responsabilità per fatto proprio era assicurata dalla causalità. La stessa responsabilità oggettiva (quella per fatto proprio, appunto) la garantiva.

---

*per un rifiuto della categoria* dell'imputazione oggettiva e del nesso di rischio. L'unico spazio per una selezione unitaria dei rischi, o per criteri oggettivo-normativi che prescindano da dolo e colpa, è rappresentato, presso gli autori di matrice finalista, dall'adeguatezza sociale (cfr. il primo WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZSTW*, 58, 1939, 491 ss., 517 s., e su tali fonti dell'adeguatezza sociale, oltre a quanto osservato in *Illecito e colpevolezza*, 453 s., in nota, v. ampiamente CANCIO MELIÁ, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, 55 ss., 69 ss.). Una sintesi particolarmente efficace di queste posizioni, dal punto di vista neofinalista, ragionata attraverso un confronto critico anche con la attuale dottrina spagnola, in RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva, passim* (e in particolare sull'adeguatezza sociale le pp. 232 ss., 244 ss.).

<sup>37</sup> Evidenzia molto bene questo trend, da ultimo, GRECO, *Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum «Problem» des Sonderwissens*, in *ZSTW*, 117, 2005, 519.

<sup>38</sup> Per l'esigenza di un equilibrio tra disvalore d'azione e d'evento quale chiave di lettura del dibattito sull'illecito penale, anche al fine di superare l'antinomia fra oggettivismo e soggettivismo, cfr. DONINI, *Il volto attuale*, 197-206, e qui gli essenziali richiami.

L'art. 27, primo comma, Cost., per es., è stato letto per almeno trent'anni come se la responsabilità penale personale fosse la responsabilità per fatto proprio e come se quest'ultima coincidesse con la responsabilità oggettivo-causale, dato che la causalità assicura un nesso con il comportamento dell'autore.

Persino la distinzione fra evento e c.o.p. è stata ritenuta da molti incentrarsi sul paradigma causale<sup>39</sup>.

*Successivamente, affermatosi il principio di colpevolezza, si è pensato che tutti i difetti della responsabilità oggettiva sarebbero scomparsi improvvisamente esigendo quanto meno la colpa. Si è creduto che escludere la responsabilità meramente causale significasse escludere la responsabilità oggettiva, e a fortiori avere assicurato la responsabilità per fatto proprio.*

Tra la causalità e la colpa o il dolo non c'erano altri parametri. Questa posizione, per es., la si trova espressa bene in Autori come Federico Stella e Giorgio Marinucci, che «azzerano» la stessa valenza normativa dell'art. 41 cpv. c.p., sostenendo che la causalità nomologico-condizionalistica non ha bisogno di «correttivi», bastando a ciò l'elemento soggettivo dolo o colpa<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> In realtà, una condizione può in concreto essere costruita come dipendente da una condotta tipica che ne costituisce *c.s.q.n.* secondo il tipo legale (per es. gli artt. 558 e 424<sup>1</sup> c.p.): ma sarà svincolata, per l'applicazione, da altri parametri d'imputazione oggettiva, a cominciare dal caso fortuito e dal vigente art. 41 cpv. c.p., oltre che, si intende, da parametri d'imputazione soggettiva. Cfr. quanto osservato in DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium Iuris*, 1997, 592 ss.

<sup>40</sup> Per es. STELLA, voce *Rapporto di causalità*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, 20, par. 11.9; ID., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, spec. 1257 ss., 1266 s.; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, P.G., Giuffrè, Milano, 2004, 123. Da ultimo, la posizione è ripresa da DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, 311 ss.: le concause sopravvenute «del tipo» dell'incendio dell'ospedale sarebbero ipotesi di «non causalità» già *ex art.* 40 c.p., mancando una legge scientifica che spieghi *ex ante* quell'evento partendo, per es., dal colpo di pistola che ha inizialmente ferito la vittima e dalle potenzialità dell'arma: *ivi*, 313 s. In tal modo, qualunque fattore sopravvenuto non contemplato da una singola legge scientifica iniziale (isolatamente scelta) potrebbe essere automaticamente una causa esclusiva indipendente. Per es., se Tizio convince Caio a fare una gita in montagna perché non dovremmo includere nella spiegazione il fatto che là ci sarà Sempronio (concorrente di Tizio) ad attenderlo in un'imboscata? Eppure, quale legge mi dice che le conseguenze di una gita in montagna sono quelle che subirà la vittima, se non l'utilizzo congiunto di parametri di spiegazione di plurimi decorsi eziologici rilevantissimi, anche se non derivano «epistemologicamente» l'uno dall'altro e non sono riconducibili a un'unica legge scientifica o alla spiegazione di un solo fattore eziologico? Se procuro una ferita a Caio con un colpo di pistola, nessuna

In questo modo essi caricano il dolo e la colpa di una quantità di problematiche di imputazione oggettiva, di criteri di valutazione normativa dei rischi, al punto che dolo e colpa non sono più realtà soggettive, ma meri criteri di imputazione, parametri di iscrizione dei rischi. Quando poi quei criteri di valutazione dei rischi portino a risultati uguali in caso di condotta di base dolosa o colposa (perché certi rischi o certi fattori causali «non vanno imputati e basta»), davvero non si capisce che cosa c'entri con l'elemento soggettivo (dolo *oppure* colpa) il parametro unitario di rilevanza o meno di un certo rischio (per es. la mancata responsabilità per l'intervento sopravvenuto di un sanitario che, con errore gravissimo e indipendente, sottopone il ferito a un intervento terapeutico omicida, pur occasionato da una lesione di base dolosamente o colposamente prodotta da terzi).

In tale stadio di pensiero è ancora assestata una parte, benché minoritaria, della giurisprudenza italiana, mentre *la posizione più diffusa* ammette l'esistenza di problemi di selezione normativa delle concause già a livello oggettivo (conformemente all'interpretazione prevalente e corretta, anche se non univoca, dell'art. 41 cpv. c.p.), e quindi dà spazio a problemi di «imputazione oggettiva» almeno trattando delle concause sopravvenute «da sole sufficienti a determinare l'evento»<sup>41</sup>.

Nel corso del tempo ci si è resi progressivamente conto che la colpa e il dolo sono coefficienti i quali, se pur esprimono la colpevolezza

---

legge relativa all'uso dell'arma mi potrà spiegare l'evento sopravvenuto mortale o molto più grave attraverso la gravissima negligenza costituita da un'emotrasfusione con scambio del gruppo sanguigno: dalla legge che spiega la ferita iniziale inferta non si «deduce» (né si «inferisce») nessun esito di quel tipo, ma potrà dire che manca la causalità «nomologica», o non piuttosto che manca l'imputazione dell'evento? Un esito come quello qui criticato non può dunque essere accolto, perché il problema consiste esattamente nello scegliere *quali leggi o quali fattori di rischio* (eventualmente attivabili o sopravvenuti in seguito) *inserire nella spiegazione* (anche in quella finale *ex post*): e si tratta di un tipico problema di...imputazione, di valutazione normativa, e non solo di causalità «nomologica».

<sup>41</sup> Per una recente messa a fuoco rinvio a BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, 14 ss., 90 ss., e per la giurisprudenza 136 ss. V. anche, sul piano dottrinale, la ricostruzione di CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, 310 ss., che ritiene «opinione dominante» quella che rilegge i criteri dell'imputazione oggettiva assorbendoli nel dolo e nella colpa (*ivi*, 334). Che tale assunto sia infondato risulta chiaro se si considera che l'opinione assolutamente dominante interpreta l'art. 41 cpv. c.p. in senso oggettivo, e quindi seleziona almeno alcuni rischi e concause non in base al dolo o alla colpa. Che poi si tratti di accoglimento ancora modesto e «arretrato» dell'imputazione oggettiva, è un altro discorso. Tuttavia gli AA. cit. *retro*, nota 11, dovrebbero attestare che la teoria dell'imputazione oggettiva in un significato moderno vanta in dottrina un numero abbastanza consistente di sostenitori, anche in Italia.

(*rectius*, una base soggettiva, un elemento del giudizio di colpevolezza), non contengono necessariamente l'idea di una congruenza tra condotta ed evento in termini di rischio: aver voluto o no un certo risultato, o averlo prodotto nel corso di un'attività negligente, non decide ancora la selezione dei rischi rilevanti nei due casi, perché *il criterio di selezione non sta nella componente più autenticamente soggettiva di dolo e colpa*.

*Esempio doloso.*

Chi tenta di agevolare il reato commesso da un terzo, deve esprimere il 'rischio' inerente alla condotta in una realizzazione concreta che modifichi l'esecuzione del reato: averla semplicemente ritardata, senza essere riuscito nell'intento di agevolare il fatto, può restare nell'ambito di un'attività non punibile di tentativo di concorso, perché l'intenzione e il rischio non si sono materializzati nell'evento, nonostante che si sia condizionato il suo «ritardo».

*Esempio colposo.*

Se un sanitario non prescrive la chemioterapia doverosa a un malato di tumore, il fatto che questi muoia, a distanza di tempo, deve essere stato «condizionato» dalla colpa e dalla condotta «omissiva» del sanitario: non basta, per imputare l'evento, la probabilità della causazione: una questione specifica di imputazione oggettiva (e non di «colpa») è stabilire a quali condizioni si possa ritenere provato il nesso di rischio tra condotta e risultato, un nesso che si sovrappone al nesso causale, ma non s'identifica completamente con quest'ultimo (v. Cap. IV, parr. 4-5).

C'è quindi bisogno di parametri *diversi* dal dolo e dalla colpa (come realtà soggettive o di inosservanza di cautele), ma anche *distinti* dalla causalità, esattamente per assicurare il rispetto della responsabilità per fatto proprio *dentro* alla stessa imputazione dolosa e colposa<sup>42</sup>.

La scoperta del tema del rischio consentito e di quello realizzatosi mira a risolvere i problemi ora enunciati e appartiene ad una stagione più recente dell'analisi del reato<sup>43</sup>. Accanto ad essi, ci si interroga sul-

<sup>42</sup> Sul fatto che le teorie moderne dell'imputazione oggettiva si applicano ai reati con responsabilità colpevole, dove è affermato il *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, mi sono diffusamente intrattenuto in DONINI, *Lettura sistematica*, parte I, 633 ss., e parte II, spec. 1145 ss.

<sup>43</sup> Nella letteratura italiana sul punto ricordo specialmente MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale, passim*; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, 403 ss., 453 ss.; CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, Jovene, Napoli, 2000, 434 ss.; BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Esi, Napoli, 1999, 113 ss., 123 ss., oltre a quanto osservato in DONINI, *Illecito e*

la «competenza» per alcuni tipi di rischi, sull'assorbimento di alcuni di essi, e comunque sulla congruenza fra il voluto e il realizzato. Dagli esempi che seguono si dovrebbe comprendere come a risolvere i problemi emergenti non siano il dolo, la colpa o un altro elemento «soggettivo» incentrato sulle differenze qualificanti dolo o colpa, che sono soprattutto differenze di volontà.

6. *Alcuni esempi: a) indifferenti all'elemento soggettivo di base; b) interni a un fatto doloso, colposo, preterintenzionale, omissivo*

a) Seguendo l'ordine logico e anche storico che vede emergere prima i temi posti dall'imputazione oggettiva in senso stretto e dopo quelli del suo innestarsi dentro alle specifiche tematiche dei fatti colposi e dolosi, osserviamo che esistono *costellazioni di casi indifferenti all'elemento soggettivo*, dove l'elemento soggettivo della condotta «di base» non svolge nessun ruolo autonomo nella spiegazione del perché non si può imputare l'evento ulteriore. Sono *ipotesi riconducibili ai casi classici delle cause sopravvenute «interruttive» della causalità, e più esattamente dell'imputazione causale, ovvero a situazioni di rischio originariamente lecito*<sup>44</sup>.

---

*colpevolezza*, 307-340, 421 ss. Cfr. anche M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, 67 ss., 146 ss. Nella letteratura spagnola rinvio in particolare a J.M. PAREDES CASTAÑON, *El riesgo permitido en derecho penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, *passim*, e a MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 61 ss., 125 ss. Non tratto qui, invece, del «rischio» nella *diversa accezione* spiccatamente politico-criminale come categoria anticipata rispetto al pericolo (il diritto penale del rischio come espressione del c.d. diritto penale moderno, della prevenzione, dei reati colposi-dolosi di mera condotta e di pericolo astratto: su tale problematica rinvio ancora a DONINI, *Diritto penale «classico» e diritto penale «moderno»*, in *Il volto attuale*, 97 ss.), ma tratto – come si comprende – del rischio nel significato dogmatico più tradizionale proprio della pericolosità della condotta (nell'adeguatezza, nell'idoneità degli atti del tentativo) e dello stesso risultato di pericolo, *dentro al diritto penale di evento*, e quindi come categoria del diritto penale classico.

<sup>44</sup> Il tema classico della c.d. interruzione del rapporto di causalità (già ricompreso nell'adeguatezza, nella rilevanza causale o nella causalità giuridica *tout court*) è oggi rimasto assorbito dalle teorie dell'imputazione oggettiva: cfr. per es. M.A. LING, *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996; OTTO, *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges als Problem der Verantwortungszuschreibung*, in *Fest. Lampe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, 491 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, 11/28.

*Esempio doloso-preterintenzionale. Caso della zoppia permanente e dell'incendio.*

Tizio ferisce volontariamente Caio ad un piede, e questi, ben oltre le intenzioni del feritore, rimane zoppo per sempre. Due anni (o dieci anni) più tardi, durante un incendio, Caio, a causa della zoppia, non riesce a mettersi in salvo, soccombendo nella sciagura per effetto della menomazione subita. C'è responsabilità di Tizio per l'evento sopravvenuto?

Si può trovare la spiegazione del caso dentro al «dolo»? Ovvero nella «preterintenzione» o nella colpa? Ovvio che no. La spiegazione, *qualunque essa sia* – ma dovrà essere di esclusione della responsabilità per l'evento, a mio avviso, per l'autonomia del rischio sopravvenuto e l'incongruenza rispetto alla condotta iniziale – non dipenderà dal dolo o dalla colpa di base (sui danni a distanza v. *infra*, Cap. III, par. 5).

*Esempio preterintenzionale. Caso dello scambio di gruppo sanguigno.*

Durante un party, Roberta cede a Carlo una riga di cocaina. Carlo l'assume più tardi, ma insieme con altre sostanze molto pericolose che, mescolate insieme alla cocaina, provocano un'overdose. Carlo cade e si produce una ferita dalla quale esce molto sangue. Immediatamente ricoverato, Carlo viene sottoposto a un'emotrasfusione con plasma di diverso gruppo che ne produce il decesso.

Anche qui sono indubbi il delitto doloso di base (cessione illecita di stupefacente), che costituisce un rischio per la salute, e la successiva morte, «condizionata» dalle conseguenze della cessione di droga. C'è però congruenza tra il rischio iniziale e l'evento? l'imputazione di quest'ultimo è un fatto proprio di Roberta? e a quale titolo si può sostenere che lo sia? Eccezionale o meno che sia l'errore di un sanitario, si può ascrivere un errore «indipendente» come questo alla cessione di stupefacente? E cosa cambierebbe se Carlo fosse stato ricoverato a seguito di un tentato omicidio o di lesioni dolose?<sup>45</sup>.

*Esempio colposo. Caso del soccorritore ustionato.*

Tizio investe colposamente l'auto di Caio e, durante gli aiuti successivi all'incendio della macchina investita, subentra un volenteroso ma imprudente soccorritore che, malauguratamente, rimane coinvolto dall'esplosione del serbatoio della vettura e muore per le ustioni.

---

<sup>45</sup> Ha ritenuto l'interruzione della causalità, *ex art.* 41 cpv., in un caso analogo di scambio del gruppo sanguigno, Cass. 27 gennaio 1976, Nodini, in CED, Cass. n. 133819.

L'esclusione della causalità *ex art. 41 cpv. c.p.*, ritenuta in questo caso dalla Suprema Corte<sup>46</sup>, fa leva su concetti tradizionali come quello delle cause sopravvenute imprevedibili ed eccezionali, ma in effetti la ragion d'essere dell'esclusione dell'imputazione oggettiva (non della sussistenza di una *c.s.q.n.*) riguarda la sfera giuridica dell'autoresponsabilità di un terzo che abbia deciso di affrontare il pericolo del soccorso in presenza di un veicolo incendiato. Si tratta di un decorso causale non certo imprevedibile e atipico, ma del tutto distaccato dalla ragion d'essere delle imputazioni che riguardano i comportamenti alla guida: non è che non si devono causare incidenti d'auto per salvare i soccorritori delle vittime (o magari dello stesso autore del sinistro) dalle eventuali fiamme o esplosioni delle autovetture. La soluzione, peraltro, deve essere generalizzabile alle diverse regole cautelari eventualmente violate dalla prima condotta, e in realtà deve adattarsi a questi tipi di fattispecie incriminatrici, siano esse integrate con dolo o per colpa, tenendo conto del fatto che l'autore di un primo illecito non diventa solo per ciò «garante» dei rischi sopravvenuti che vengano spontaneamente (e magari imprudentemente) assunti da terzi soggetti per effettuare pericolose opere di salvataggio: sono rischi che, almeno in ambito penalistico, riguardano ormai sfere giuridiche di altrui competenza e di autoresponsabilità. Così inquadrato il problema, la ragion d'essere del venir meno dell'imputazione non ha più a che vedere con la natura dolosa o colposa del comportamento originario, e quindi si profila come un problema d'imputazione oggettiva in senso stretto.

*Altro esempio colposo. Caso dell'elettrauto.*

Ipotizziamo che l'elettrauto Tizio, che ha sostituito la batteria dell'automobile di Caio, si avveda che la vettura ha le gomme completamente lisce e riconsegna la macchina al cliente in una giornata di pioggia, quando tutto fa ipotizzare un concreto rischio di sinistro dovuto allo stato delle gomme unitamente alle condizioni scivolose della strada. Se si verifica un incidente condizionato dalle precarie risposte dell'azione frenante, con lesioni a terzi, potrà l'elettrauto concorrere colposamente nel fatto di Caio (sicuramente responsabile in proprio) per aver reso nuovamente possibile l'impiego di un mezzo pericoloso e percepito come tale?

La risposta è negativa, ma non perché l'evento fosse imprevedibile (il suo rischio era stato forse addirittura previsto) o perché non sia stato obiettivamente condizionato dalla restituzione della vettura (senza

---

<sup>46</sup> Cass. 4 giugno 1990, Patricera, CED, Cass. n. 185562. V. al riguardo il commento di BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, 147 s.



sostituzione della batteria, in quel giorno e in quell'ora non ci sarebbe stato nessun ferito). L'elettrauto, che non è né un gommista, né il proprietario o il conducente della macchina, non è «competente» per il tipo di rischi che non dipendono dalla regolare sostituzione della batteria; non aveva nessuna posizione di «garanzia» rispetto alla libera autodeterminazione di Caio di usare la propria vettura in condizioni pericolose. Il comportamento imprudente di Caio, dunque, non gli è *ascrivibile come fatto proprio*: ma non perché fosse imprevedibile, né perché non lo abbia condizionato. Il rischio d'incidente era, per Tizio, un rischio consentito, in quanto riguardava la sfera giuridica di terzi. La categoria della colpa generica per imprudenza come prevedibilità ed evitabilità non risolve la sua posizione: è una valutazione obiettiva e normativa attinente ai rischi «propri» o «altrui» che appare decisiva e delimita le pre-condizioni della stessa imputazione per colpa. La causalizzazione pur prevedibile di un evento lesivo avviene in assenza di una pre-condizione della colpa, quando il rischio attivato non è di competenza del primo soggetto agente.

La soluzione, in questo novero di casi, riguarda i rischi (prima degli eventi) attribuibili come *«fatto proprio»* all'originaria condotta lesiva e in particolare i rischi sopravvenuti non ascrivibili a quella condotta, i quali appaiono dunque, siano o meno «eccezionali» o «rarissimi», come cause sopravvenute da sole sufficienti a sopportare la spiegazione giuridica dell'evento, così degradando la prima condotta a condizione meramente occasionale, a occasione dell'evento ultimo.

*Rientra qui l'esempio di scuola* del nipote che manda lo zio ricco in aereo o nel bosco sperando, rispettivamente, in una morte per disastro aereo o per la caduta di un fulmine durante il temporale. *Rientrano qui, parimenti, i classici casi* del crollo o dell'incendio dell'ospedale dove, ad un fatto *ex ante* illecito, sopravviene una concausa assorbente rispetto alla spiegazione giuridica dell'evento finale: doloso o colposo che sia il fatto di base, quell'evento non sarà imputato all'autore della condotta che ha determinato la mera presenza del ferito in ospedale, essendosi realizzato un rischio generico dell'esistenza, e non un rischio specifico inerente alla condotta illecita.

b) Dopo le ipotesi d'imputazione oggettiva in senso stretto, si profilano i criteri d'imputazione più interni ai fatti colposi e dolosi, i quali emergono quando l'elemento soggettivo è già chiaro e fuori discussione, e quindi non valgono ad accertare dolo e colpa come componenti psicologiche, ma il *rapporto di rischio* fra la condotta dolosa o colposa (colpa e dolo come «azione») e l'evento che si ascrive al soggetto. Questi aspetti, che abbiamo definito d'imputazione oggettiva in senso lato,

*non riguardano la creazione di un rischio illecito, ma la realizzazione del rischio (di per sé illecito) nell'evento.*

*Primo esempio colposo. Caso dell'eccesso di velocità e del 60% di probabilità di salvataggio.*

Un automobilista investe in pieno centro a 75 Km/h un altro veicolo. Un ciclista, che passa a fianco dell'auto investita, a causa del sinistro si sposta lateralmente per non essere colpito, però cade e riporta lesioni guaribili in 30 giorni. Si accerta che se il primo automobilista avesse proceduto alla velocità di 50 Km/h, l'incidente si sarebbe verificato egualmente (anche se con minore impatto), e che vi sono probabilità apprezzabili (per es. nell'ordine del 60%) che il ciclista avrebbe riportato le medesime lesioni. Il comportamento alternativo lecito, dunque, aveva al massimo il 40% di probabilità di evitare l'evento.

C'è colpa (nell'azione) e c'è causalità (tra la condotta e l'evento). Quell'evento, però, è conseguenza *di quella colpa*? Dato che il reato colposo non è costituito dalla giustapposizione di una colpa e di una condotta causale, ma dall'integrazione fra di esse («a causa di»), nell'esempio non si sa veramente che cosa sarebbe successo in caso di condotta osservante. Domanda: c'è quindi un adeguato rapporto di rischio fra la colpa e l'evento? Nell'evento cagionato si è materializzata la colpa addebitabile all'automobilista? Questo profilo d'imputazione dell'evento a titolo di colpa è un problema di 'colpa' o di rapporto di rischio fra colpa e risultato? Si tralascia qui la risposta al quesito, per riprenderla successivamente (*infra*, Cap. IV, parr. 3-5).

*Esempio omissivo. Caso del mancato ritiro del prodotto dal mercato e della successione dei garanti.*

Nell'arco di 15 anni si succedono 3 amministratori delegati a capo della gestione di un'impresa farmaceutica. Durante l'incarico affidato all'ultimo amministratore delegato si verifica una serie di episodi lesivi ai danni di consumatori che impongono il ritiro di un prodotto commercializzato da quindici anni. Gli effetti teratogeni maggiori delle sostanze impiegate si registreranno su quelle prime vittime solo dieci anni più tardi, con una serie di morti successive agli episodi lesivi iniziali. La logica retrospettiva della *c.s.q.n.* consente così di risalire fino a 25 anni prima e di ravvisare almeno tre colpevoli, non tutti dell'ultima commercializzazione, poi ritirata, del prodotto, ma di *omissioni* – si noti bene: omissioni – che l'avrebbero impedita, dato che da sempre erano emersi, sia pur in modo più generico, quei profili di rischio, che la politica aziendale aveva ritenuto di sminuire e sottovalutare.

A questo riguardo è stato rilevato che quando un soggetto ha perso il ruolo di amministratore ed è uscito da una società, si è realizzata

una «successione» nelle posizioni di garanzia. Ma il primo garante non può conservare quella funzione che ha ceduto<sup>47</sup>. Un'omissione in senso stretto in capo ai garanti diversi dall'ultimo non è più attuale quando la posizione di garanzia è stata dismessa: sarebbe una responsabilità per fatto altrui. Diverso è il discorso se si può ravvisare una colpa attiva, commissiva, nella prima condotta. Ma è chiaro che si deve trattare di un nesso significativo, rilevante, perché dopo 20 o 25 anni quante sono state le concause sopravvenute, le nuove competenze, che possono avere un valore assorbente nella spiegazione? Colpa, omissione e *c.s.q.n.* non garantiscono in quanto tali nessuna selezione ragionevole. C'è bisogno di un criterio *specifico* di selezione della responsabilità per fatto proprio. Non è il caso di trovare una qualche categoria la cui promozione culturale realizzi quell'obiettivo?

Se a qualcuno non piacesse l'imputazione oggettiva come categoria linguistica, basti il richiamo al principio di responsabilità per fatto proprio e all'esigenza di una selezione delle competenze rispetto ai rischi. È importante, però, individuare chi è «competente» e per cosa, al di fuori di una logica naturalistica (*c.s.q.n.*) o di mera colpevolezza, il che vale spesso quanto dire politico-moraleggiante (secondo il motto: addosso a tutta la politica d'impresa dell'ultimo quarto di secolo!).

*Secondo esempio colposo. Caso della ribaltina nell'asilo.*

Tizio produce mobili per edifici scolastici e consegna a un asilo un armadio per il personale docente. Tale armadio presenta una ribaltina d'appoggio chiudibile e viene montato da dipendenti dell'istituto scolastico. Vent'anni più tardi, dopo un trasloco della scuola e il rimontaggio dell'armadio nei nuovi locali, alcuni bambini si attaccano alla ribaltina aperta e dopo varie manovre fanno «dondolare» inopinatamente l'armadio senza essere adeguatamente sorvegliati dagli insegnanti; se ciò avviene alcune volte, e, un certo giorno, dopo varie operazioni giocose, l'armadio si rovescia e colpisce in modo mortale un bimbo, si potrà risalire alla vendita dell'armadio vent'anni prima perché, per es., non erano state fornite indicazioni adeguate circa il suo 'fissaggio' alla parete? Escluso un difetto di costruzione del mobile e assodato che oggi quei tipi di armadi vengono fissati alla parete (ma vent'anni fa non c'erano regole precise in tal senso), assodato che solo un utilizzo assolutamente folle della ribaltina, con un sovraccarico particolare (tre bambini in dondolo), ha reso possibile l'evento, come si può ipotizzare un difetto d'informazione del costruttore (tipo d'autore meno simpatico) quale spiegazione giuridica assorbente di un evento, solo per non volerlo addebitare ad una badante distratta?

---

<sup>47</sup> Cfr. l'analisi di GARGANI, *Ubi culpa ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Indice pen.*, 2000, spec. 638 ss.

Ipotizziamo pure che un obbligo d'informazione fosse stato omesso e fosse all'epoca doveroso<sup>48</sup>. Fino a quando la competenza di terzi su rischi del loro ambiente può riflettersi a ritroso al punto di individuare colpe remote, «interrotte» da eventi sopravvenuti (il trasloco della scuola, nell'esempio), secondo la logica pura del concorso di cause e di colpe? E quando, invece, quella competenza dei terzi (sorveglianti, insegnanti ecc.), assorbe i rischi pregressi? Problema di colpa, si dirà. O non piuttosto problema di rapporto di rischio, di responsabilità per fatto proprio, perché a una pur ipotizzabile colpa iniziale non si può ascrivere quel risultato?<sup>49</sup>.

*Esempio di furto in ipotetico concorso di persone.*

Voglio aiutare un amico nell'esecuzione di un furto e gli fornisco consigli la cui valutazione ritarda l'esecuzione del delitto almeno di alcuni giorni, però l'amico consigliato realizza il furto senza seguire le istruzioni ricevute.

Qualcuno può davvero credere che sia persuasiva l'idea che come consigliere io debba rispondere perché avrei comunque «rafforzato» (rafforzamento presunto) il proposito dell'esecutore? O magari per aver «ritardato» l'evento consumativo? L'idea della responsabilità per fatto proprio, nel dolo come nella colpa, esige *un nesso particolare* fra condotta ed evento: non una qualche colpa o un dolo separati dal fatto realizzato, ma *la loro compenetrazione a livello «oggettivo», prima ancora che soggettivo*.

Un caso invece al limite tra l'imputazione oggettiva e quella soggettiva (e che preferirei inquadrare in quella soggettiva, che pone un problema prioritario e assorbente), è rappresentato dalle questioni di *aberratio causae*, là dove ci sia l'esigenza di individuare prioritariamente il vero elemento soggettivo.

---

<sup>48</sup> Ipotesi che assumo in via solo postulativa. Il caso è tratto da un fatto vero attualmente *sub iudice* presso il Tribunale di Modena. Ringrazio l'avv. Cosimo Zaccaria per avermi fornito l'esempio.

<sup>49</sup> Non solo. Mentre in diritto civile la ripartizione di colpe può consentire di addebitare ad una persona il 5% e all'altra il 95% di un danno, in diritto penale, si può legittimamente continuare ad addebitare all'autore tutto l'evento quando magari la vittima, se non un terzo, ne recano la responsabilità assolutamente preponderante, praticamente totale? Questa osservazione rende palese la difficoltà di costruire in ambito penalistico criteri d'imputazione che appaiano validi automaticamente per il diritto civile, unitariamente applicabili come tradizionalmente si è ritenuto per gli artt. 40 e 41 c.p. La *responsabilità civile* può fondarsi su *regole sue proprie*, che una più precisa e possibile ripartizione delle colpe autorizza a fare molto meglio di quanto non accada negli schemi rigidi della responsabilità penale.

*Esempio doloso-preterintenzionale. Caso del cuscino applicato dopo le lesioni.*

Tizio cagiona la morte della donna con la quale ha una relazione sentimentale, e lo fa in modo indiretto. La aggredisce, per ucciderla, con colpi pericolosi, che però fanno solo perdere i sensi alla vittima. Tizio è in stato confusionale e presenta un vizio parziale di mente. Dopo quelle lesioni, l'uomo, che aveva applicato un cuscino sul volto della donna, crede che questa sia morta, e ne simula il suicidio aprendo il gas. La vittima, che non era ancora deceduta, perché saranno ritrovate tracce di gas metano nei suoi polmoni, muore effettivamente dopo l'allontanamento dell'aggressore, ma per asfissia (non per il gas aspirato), dipesa dalla presenza del cuscino sul viso. Il medesimo caso può essere convertito nell'ipotesi in cui l'aggressione iniziale sia stata solo una condotta di lesioni volontarie e non di tentato omicidio<sup>50</sup>.

Chiaro che nella produzione della morte c'è «dolo» (di uccidere, o di ledere, a seconda) e c'è «causalità». C'è però anche un fatto proprio di omicidio doloso? O di omicidio preterintenzionale? È davvero un omicidio doloso o preterintenzionale consumato, o non piuttosto un fatto di omicidio colposo consumato che si aggiunge ad un tentato omicidio doloso (o alle lesioni dolose consumate)? La soluzione del problema va cercata solo «nel dolo», nella preterintenzione, o non anche piuttosto «nel rapporto di rischio» fra evento e condotta di base, che nella successiva evoluzione si distacca dal suo volontario orientamento offensivo per cagionare con un'azione distinta e autonoma un evento attraverso atti non più diretti a ledere? Insomma, qui il rapporto di rischio si intreccia direttamente con la stessa identificazione dell'elemento soggettivo ascrivibile (v. *infra*, Cap. V, par. 3).

Lasciando aperta la soluzione di alcuni esempi formulati, comprendiamo già ora che solo alcuni di essi potrebbero essere ricondotti a una rilettura dell'art. 41 cpv. c.p., per come è oggi vigente, ma anche in questo caso la soluzione più precisa dovrebbe appoggiarsi ad argomenti sicuramente diversi da quelli tradizionali delle concause sopravvenute «eccezionali» o «rarissime»: nozioni insufficienti per affrontare simili ipotesi. La tematica del «nesso di rischio» evidenzia così l'esi-

---

<sup>50</sup> L'esempio si modella, con qualche differenza, sul caso deciso da Cass., Sez. V, 3 dicembre 2003, Belquacem, in *Cass. pen.*, 2004, n. 4, 36 ss. con nota di PONGILUPPI, *Dolo generale e preterintenzione: la realizzazione del rischio come criterio risolutivo nelle indicazioni della Cassazione*, 38 ss. In senso analogo, per un'ipotesi simile (tentato omicidio e possibile imputazione colposa separata dell'evento morte cagionato successivamente con condotta distinta e non diretta a uccidere volontariamente, ma a sbarazzarsi del corpo ritenuto privo di vita), Cass., Sez. I, 18 marzo 2003, Iovino, De Benedictis, Gallo, in *Foro it.*, 2003, II, 393 ss.

genza di formulazioni e soluzioni nuove, che di regola – come si è detto – non si rinvengono direttamente nel contenuto dell'elemento soggettivo (dolo, colpa, ecc.), ma in parametri normativi distinti e di raccordo fra il rischio della condotta (dolosa o colposa) e quello che si è materializzato nel risultato.



## CAPITOLO II

### IL NESSO DI RISCHIO, OLTRE LA SISTEMATICA CLASSICA E LA COSTRUZIONE SEPARATA DELLE FATTISPECIE

SOMMARIO: 1. Il rapporto della categoria con la c.d. costruzione separata delle fattispecie. – 2. *Segue*. Dal nesso di rischio 'interno' ai fatti dolosi, colposi, ecc., al nesso oggettivo più generale, comune a tutti. – 3. I profili più generali dell'imputazione oggettiva *in senso stretto*. Tipicità oggettiva e imputazione oggettiva. Differenze. – 4. *Segue*. La rilevanza del 'punto di vista' *ex ante*. Significato tecnico del rischio consentito, distinto da quello delle cause di giustificazione. – 5. Rischio consentito e colpa. Il rischio colposo come 'base' dello stesso dolo.

#### 1. *Il rapporto della categoria con la c.d. costruzione separata delle fattispecie*

Si rende a questo punto necessario un breve intermezzo di natura sistematica.

L'imputazione oggettiva, oggi come ai tempi di Larenz, Honig o Antolisei, si oppone ad una radicale costruzione separata dei tipi di reato (dolosi e colposi, in particolare), che non concepisca più l'esistenza di un elemento oggettivo ad essi comune.

Parlare d'imputazione oggettiva, tradizionalmente, presupponeva che si potesse separare un elemento oggettivo da uno soggettivo e trattarli in rigorosa successione.

Oggi, peraltro, molti ritengono che sia difficile distinguere con precisione fra elementi oggettivi e soggettivi, ovvero fra dolo, colpa da un lato, e criteri d'imputazione dei medesimi dall'altro, dato che il modo di agire colposo e quello doloso sono diversi (dolo e colpa conformano di sé la stessa «azione»), e pensano che sia più «pratico» analizzare i problemi d'imputazione all'interno del reato colposo e di quello doloso, senza ulteriori distinzioni, e magari rinunciando allo stesso impiego della categoria dell'elemento oggettivo, in pratica «sostituita» da quella del fatto tipico, che però è connotato da una commistione di og-



gettivo e soggettivo in senso classico<sup>1</sup>. Questa strada, ovviamente, è percorribile, ed è persino in parte più semplice, perché rinuncia al tentativo di «astrarre» dai fatti dolosi e colposi concetti superiori o problemi comuni (diversi dal classico, ma un po' esangue, concetto di 'azione'), peraltro precludendosi di fare quei «raffronti» che solo concetti comuni possono consentire mediando culturalmente fra categorie diverse.

Si tratta, tuttavia, di una soluzione troppo semplice, che non sempre aiuta la comprensione.

Infatti, il dolo e la colpa *hanno un loro «oggetto»*, e questo oggetto *deve esistere indipendentemente da essi*<sup>2</sup>. Se dolo e colpa non avessero un oggetto, e si confondessero con gli elementi che li provano (per es., se Tizio colpisce con un coltello lo stomaco di Caio, si potrebbe dire che il dolo coincide con quell'azione volontaria, senza bisogno di dimostrare che cosa ha realmente voluto il soggetto) sarebbero essi stessi l'elemento oggettivo, e quindi il dolo e la colpa come «azione», come modo di agire, occuperebbero tutta la condotta, si confonderebbero con essa, verrebbero integralmente oggettivizzati, e avremmo *dolus* e *culpa in re ipsa*<sup>3</sup>. È vero invece che l'azione è segnata da dolo e colpa e

---

<sup>1</sup> È la soluzione, come noto, adottata e realizzata in forma manualistica da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, PG<sup>4</sup>, Zanichelli, Bologna, 2004. Già PAGLIARO, per primo, in *Principi di diritto penale*, PG<sup>2</sup>, Giuffrè, Milano, 1980, 362 ss. (ma già nella prima ed. del 1972, che aggiorna una sistematica concepita nel libro *Il fatto di reato* del 1960), pur concependo unitariamente la nozione di «condotta illecita», ha ritenuto di diversificare la stessa causalità nei reati dolosi, colposi e omissivi, costruendo così *in modo differenziato* l'elemento «oggettivo» (nel senso di: l'«obiettivizzazione» del dolo o della colpa nella condotta esterna) di questi reati. Per una critica al «dogma» della distinzione oggettivo/soggettivo v. più di recente CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, 50 ss. A certe radicalità separatiste di matrice finalista propria di queste impostazioni si oppone quanto osservato nel testo e si oppone, in parte, la teoria dell'imputazione oggettiva.

<sup>2</sup> Anche i finalisti più ortodossi, che sostengono un dominio del soggettivo sull'oggettivo, perché il finalismo del diverso modo di agire connota diversamente l'elemento oggettivo dei fatti dolosi e colposi, ammettono che (è la *Natur der Sache!*) almeno a questo riguardo, c'è un oggetto di dolo e colpa che questi ultimi non possono condizionare, perché dolo e colpa si incentrano su un oggetto ad essi preconstituito: per tutti M.A. SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, 114 s.; ID., *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva* (cit. da AA.VV., *Teorías actuales*), 191 (l'A. peraltro, come anticipato, ritiene che dolo e colpa si differenzino già nel «fatto tipico oggettivo», essendo diverso e maggiore il rischio tipico del delitto doloso: *ivi*, 193 ss.), adesivamente ripreso anche da RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva*, 345.

<sup>3</sup> Si finirebbe col dire, per es., che dato che c'è violazione di una cautela, la condotta è colposa, o che dato che la condotta è stata posta in essere in presen-

tuttavia la si può analizzare anche nella sua obiettività materiale, ma soprattutto ci sono altri elementi del fatto che rimangono indipendenti dal dolo o dalla colpa.

Il problema della rilevanza oggettiva di quell'oggetto – si consenta la ripetizione – può anche essere valutato dall'ordinamento in modo autonomo (senza che su quella valutazione si debbano riflettere il dolo o la colpa: è il caso, ad es., del significato anti-giuridico del fatto, della sua illiceità, che, di regola, sono apprezzati autonomamente dal giudice, tranne nelle ipotesi, ricche di elementi normativi del fatto, dove è richiesta altresì una consapevolezza di agire *contra ius*), ma una parte di esso dovrà essere almeno rappresentata o rappresentabile, anche se non sempre voluta in senso stretto.

Orbene, questa 'parte' non è occupata solo da elementi che stanno fuori della condotta (come i presupposti della condotta, o l'evento), ma la condotta stessa è elemento oggettivo, nel senso che ha una struttura che è parzialmente indipendente da dolo o colpa, anche se poi dolo e colpa ne contrassegnano alcune modalità: per es. se Tizio accoltella Caio per ucciderlo, lo farà con modalità che sono anche «espressive» del dolo, però la sua azione ha pure un profilo di causalità obiettiva e di pericolosità obiettiva ricostruibile a prescindere dal discorso sulla volontà dell'accoltellatore.

Le regole che definiscono quell'oggetto, dunque, possono sicuramente occupare, almeno in parte, un settore d'imputazione giustamente definibile come oggettiva. Se questo 'oggettivo' è comune a dolo e colpa non sarà per nulla ridondante averlo ben presente, perché ci servirà a vedere le note davvero differenziali tra quei due elementi soggettivi.

Ciò che si deve pretendere da chi pratica invece la scelta «separatista» è di tollerare che altri preferiscano seguire, almeno in parte, un'impostazione più analitica, a tale riguardo, e nello stesso tempo più tradizionale. La tradizione alla quale mi richiamo è plurisecolare, mentre quella che vuole «separare» interamente la costruzione delle fattispecie è stata inaugurata in Germania negli anni Sessanta, dopo *Welzel*, ed è storicamente un prodotto del finalismo<sup>4</sup>, ma anche lì nei

---

za di un rischio grave dell'evento, c'è automaticamente dolo. Pur aderendo all'idea di una costruzione *parzialmente* separata delle fattispecie, dunque, ho sempre ribadito l'esistenza di *alcuni* problemi oggettivi preesistenti, di carattere unitario, che fanno vedere culturalmente e politicamente come la compenetrazione del dolo e della colpa nel modo di agire non elimini alcuni aspetti del fatto in senso classico (= che esistono indipendentemente dalla conoscenza da parte del soggetto) che sono per l'appunto essi stessi 'oggetto' di dolo e colpa, già a livello della condotta, e non solo (come è più ovvio) dell'evento. Da ultimo, *DONINI, Il volto attuale*, 203 ss., 209 ss., 215 s.

<sup>4</sup> La c.d. *costruzione separata delle fattispecie* non significa, nell'accezione qui

manuali più influenti è già stata spesso abbandonata dagli anni Ottanta in poi<sup>5</sup>, allorché si è affermata la teoria dell'imputazione oggettiva.

---

utilizzata, che non possa esserci un concetto unitario o superiore di condotta (ammesso che tale concetto serva a qualche cosa): significa, piuttosto, che a livello scientifico e didattico ci si rifiuta di analizzare una serie di elementi «oggettivi» comuni, perché (secondo i «separatisti» più radicali) l'elemento oggettivo del fatto doloso sarebbe diverso *fin dall'origine* da quello del fatto colposo, così come da quello omissivo. Se la si intende così, chi scrive non ha mai seguito una siffatta impostazione (pur aderendo alla versione di essa che ritiene poco utile o non necessario elaborare un concetto unitario di «azione»), perché un elemento oggettivo comune c'è. La costruzione separata delle fattispecie è stata *la via italiana alla ricezione di Welzel*: rifiutato ufficialmente il finalismo dalla nostra prevalente letteratura, quel suo prodotto è stato importato in modo diverso da Marcello Gallo, da Marinucci, da Pagliaro (attraverso Niese, e polemizzando fortemente con la versione adottata da Marinucci, e anzi con la stessa etichetta «costruzione separata delle fattispecie» che da Pagliaro viene però identificata, a mio avviso riduttivamente, con l'idea che non ci sia una nozione unitaria di condotta illecita; l'A., invece, distingue a sua volta chiaramente il fatto doloso da quello colposo: sono condotte diverse e fatti diversi) e da Fiandaca-Musco; purtroppo, neppure le più giovani generazioni, talora, sanno riconoscere al vero fondatore di quell'indirizzo la sua paternità, che è rimasta a lungo occulta. Per i termini del dibattito italiano sul punto rinvio allo studio fondante di M. GALLO, *La teoria dell'azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca* (1950), rist. inalterata, Giuffrè, Milano, 1967, 16-17, 36 s. e *amplius* tutto il Cap. I («La crisi della dommatica classica e la separazione delle fattispecie colpose da quelle dolose»); e poi a MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, 133 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, PG<sup>4</sup>, 172 s. e *passim*; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PG<sup>8</sup>, 271 s.; DONINI, *Il volto attuale*, 197-217; Id., *Teoria del reato* (1996), 81 ss.; DE VERO, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento*, 1487 ss., 1513 ss. Si dovrebbero ricordare anche gli interpreti più fedeli di Welzel, in particolare Santamaria (spec. SANTA-MARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Jovene, Napoli, 1955) e alcuni esponenti della Scuola napoletana: ma in quel caso si è trattato di finalismo vero, non di «via italiana» alla ricezione di Welzel.

<sup>5</sup> Una trattazione di tipo oggettivo, unitariamente esposta prima del fatto doloso, colposo od omissivo, è contenuta, per es., nei manuali di JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT<sup>5</sup>, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 273 ss., 277 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, AT<sup>2</sup>, W. De Gruyter, Berlin-New York, 1991, § 7 (p. 182 ss.); ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, § 11 (p. 349 ss.), ESER-BURKHARDT, *Strafrecht I. Allgemeine Verbrechenselemente*<sup>4</sup>, Beck, München, 1992, § 3/113 ss. e § 4; FREUND, *Strafrecht*, AT, Springer, Berlin-Heidelberg, 1998, § 2/62 ss.; BAUMANN-WEBER-MITSCH, *Strafrecht*, AT<sup>11</sup>, Giesecking, Bielefeld, 2003, § 14 (collocazione ovvia, dato che gli AA. seguono una sistematica prewelzeliana, dove dolo e colpa sono solo nella colpevolezza); SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, *Studienbuch*, Mohr, Tübingen, 1982, § 5/57 ss. (*idem*); PUPPE, *Strafrecht. Allg. Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Bd. I, Nomos, Baden-Baden, 2002, Kap. 1. La trattazione della causalità e dell'imputazione oggettiva avviene invece «all'interno» del fatto doloso o colposo (ma quella inerente al fatto doloso, trattata prima, va poi largamente richiamata a proposito della colpa) nei manuali di STRATENWERTH-KUH-

Coloro i quali restano legati a costruzioni radicalmente separate *sembrano* perciò rinunciare a concetti generali capaci di fare dialogare tra loro i problemi specifici del dolo, della colpa, definendo meglio l'oggetto di questi ultimi<sup>6</sup>; spesso si tratta, però, solo di un'apparenza, perché il loro discorso sulla causalità o sulla condotta rilevanti suppone lo stesso concetti 'basici' che ritornano o sono richiamati (esplicitamente o implicitamente) nella trattazione sia del fatto doloso e sia del fatto colposo: quando si parla delle specie del mammifero, per distinguerle si devono conoscere le caratteristiche del genere e i relativi concetti. L'imputazione oggettiva *in senso stretto* – non invece quella qui definita *in senso lato* – è, rispetto ai reati colposi e dolosi, espressione di quel sapere relativo al genere: è il mammifero. Ha quindi un sicuro valore di conoscenza, e non di mera classificazione.

## 2. Segue. Dal nesso di rischio 'interno' ai fatti dolosi, colposi, ecc., al nesso oggettivo più generale, comune a tutti

Vediamo dunque di riassumere il senso del «ritorno» da una visione separatista ad una visione che sappia conservare della costruzione

---

LEN, *Strafrecht*, AT<sup>5</sup>, Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 2004, §§ 2/1 ss., 15/3 ss. (dove si analizza il dolo partendo dalla distinzione oggettivo/soggettivo, mentre a proposito della colpa si rifiuta la distinzione, dato che nella colpa – si osserva – la realizzazione del volere *non* è diretta all'evento); WESSELS-BEULKE, *Strafrecht*, AT<sup>34</sup>, Müller, Heidelberg, 2004, Rdn. 133 ss., 152 ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*<sup>7</sup>, de Gruyter, Berlin, 2004, *passim*; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, Springer, Heidelberg, 1997, 135 ss., 183 ss.; KÜHL, *Strafrecht*, AT<sup>5</sup>, Vahlen, München, 2005, par. 3 e 4; GROPP, *Strafrecht*, AT<sup>3</sup>, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2005, § 3/53 ss., § 5/40 ss.; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, Nomos, Baden-Baden, 2005, § 9/1 ss. e § 11; EBERT, *Strafrecht*, AT<sup>3</sup>, Müller, Heidelberg, 2001, 44 ss., 165 ss. Afferma invece (ma inesattamente, almeno alla luce di quanto qui precisato, dato che si tratta di una costruzione solo «parzialmente» separata) che «la quasi totalità dei manuali» di lingua tedesca adotterebbe una costruzione separata delle fattispecie, DE VERO, *Disvalore d'azione*, 1488. La situazione qui illustrata si ripropone nella letteratura spagnola: la maggior parte dei manuali espone prima il «tipo obiettivo» dell'illecito penale, e dopo il «tipo subjetivo»: talora distinguendo fra il tipo oggettivo del reato doloso e di quello colposo (e quindi supponendoli distinti), ma comunque antepoendoli entrambi al relativo fatto tipico soggettivo. Al tipo oggettivo appartiene l'imputazione oggettiva. Una chiara eccezione è costituita dagli AA. di impostazione finalista, che trattano autonomamente il fatto doloso e quello colposo, mal distinguendo o non distinguendo fra elemento oggettivo e soggettivo.

<sup>6</sup> Sui limiti di questa impostazione v. quanto già evidenziato in DONINI, *Il volto attuale*, 213.

classica e di quella più recente i rispettivi punti di forza, tra loro per nulla inconciliabili.

In astratto, si potrebbero costruire una colpa o un dolo che si «incollano» a condotte che hanno causato un evento, ma senza verificare il 'nesso' che deve sussistere fra la condotta colpevole e l'evento addebitato.

Questa impostazione rispecchia la cultura della prima metà del secolo scorso, secondo la quale l'azione è causa (e l'offesa è «causazione» di danno o pericolo al bene protetto), mentre dolo e colpa sono solo elemento psicologico<sup>7</sup>. In realtà, non è che nella prima metà del Novecento non si comprendesse che quella concezione aveva dei limiti (e ogni giurista intelligente poteva trovare la soluzione giusta ai casi più estremi, da presso indicati), tuttavia quella cultura iscriveva pesanti ipoteche sul modo di risolvere i problemi d'imputazione.

*Caso delle lesioni colpose in giorno di targhe alterne.*

Viaggio con l'auto avente la targa pari in un giorno consentito alle targhe dispari, procedo sulla corsia preferenziale e ho la patente sospesa e l'assicurazione scaduta, ma cagiono un incidente *perché* un ciclista mi attraversa improvvisamente la strada lasciandomi nell'impossibilità di arrestare il mezzo o deviare la direzione di marcia.

Devo rispondere delle lesioni cagionate solo perché qualcuno pensa di incollare al risultato le mie numerose «colpe», benché queste non siano la «causa» specifica di quell'evento? La verità è che non c'è congruenza fra il rischio attivato e quello realizzatosi, manca un nesso di rischio, in questo caso interno a un fatto di per sé colposo. Ci sono molte «colpe», ma è assente un nesso obiettivo con l'evento. Esso sarà ovviamente analizzato all'interno del fatto colposo e dunque della colpa, ma non la concerne come elemento psicologico, né come parametro d'identificazione delle cautele violate. Manca dunque il fatto, o meglio una componente essenziale del fatto colposo, non peraltro l'elemento oggettivo in senso classico, la mera causazione.

*Esempio. Caso della vendita «regolare» di un'arma a persona di cui si conoscono le intenzioni omicide.*

Tizio, armaiolo, vende regolarmente una pistola ad un soggetto legalmente autorizzato, e che egli sa, per scienza privata, essere inten-

---

<sup>7</sup> Sul piano storico, quali specifiche critiche di avanguardia finalista al «causalismo» di tale impostazione, ricordo le ricerche di SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, cit., in Italia, e di RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, Anales de la Universidad de Valencia, Valencia, 1953-1954, in Spagna.

zionato a farne un uso illecito, per il proposito dichiarato di uccidere un nemico personale, ciò che poi avviene.

Pare evidente che il venditore non possa essere chiamato a rispondere, come «fatto proprio», dell'omicidio da lui previsto e causalmente condizionato, trattandosi di fatto altrui, posto in essere autonomamente da soggetto responsabile, rispetto al quale non ha una posizione di garanzia o di tutela. Tizio, anche se desiderasse o volesse contribuire all'evento, non è «competente» per quel fatto del terzo, mancando un nesso adeguato di rischio tra un fatto di per sé volontario e consapevole e il successivo fatto altrui. Inoltre, aspetto decisivo, il fatto di vendere l'arma, nelle circostanze indicate, non è ancora concorso nel reato altrui. D'altro canto, se la sua condotta è lecita, e non può sorreggere né un'imputazione di colpa, né una di dolo, non è certo «giustificato» l'evento che pur contribuisce a realizzare (v. *infra*, par. 4).

Come già prima si è evidenziato, la responsabilità per fatto proprio esige un *nesso particolare* fra condotta ed evento: non una qualche colpa o un dolo separati dal fatto, ma *la loro compenetrazione a livello «oggettivo», prima ancora che soggettivo.*

Questa visione rispecchia l'idea (affermatasi nella seconda metà del Novecento) che l'azione non sia meramente causa – anche se lo rimane e deve essere causa, se produce l'evento – ma anche espressione del dolo o della colpa che la sorreggono: il dolo e la colpa sono essi stessi «azione», e se non lo diventano non hanno consistenza penale.

La causalità, da sola, non basta, se manca quel 'nesso' specifico di appartenenza. *Il nesso oggettivo in questione è «interno» ai fatti dolosi e colposi, è un nesso di rischio.*

*Accanto a quest'ultimo, però, c'è anche un ventaglio di problemi così oggettivi, da essere affrontabili e risolvibili in maniera identica in caso di dolo o colpa, e come tali oggettivi nel significato classico della sistematica.*

Per questa ragione c'è una causalità che nessun coefficiente doloso o colposo potrà mai modificare, e ci sono alcuni rischi socialmente rilevanti sotto i quali, peraltro, chiunque agisca e con qualunque volontà, se rimane entro la soglia di quei rischi, sarà in un'area di liceità. Altrettanto dicasi per alcuni rischi (realmente) sopravvenuti, di competenza di terzi o della vittima, tali da attrarre la spiegazione dell'evento pur condizionato da un fatto colposo o doloso.

Di tutti questi distinti temi tratta la teoria dell'imputazione oggettiva: sia di quelli 'oggettivi' in senso classico (affrontabili prima dell'accertamento di dolo e colpa), sia di quelli interni all'imputazione di una condotta già pacificamente dolosa e colposa, ma distinti dalle componenti soggettive di dolo e colpa (nel senso che le presuppongono), e relativi allo specifico *nesso di rischio* fra condotta ed evento.

In ogni caso, siamo sempre nell'ambito della concretizzazione di aspetti relativi alla responsabilità per fatto proprio, a diversi livelli del sistema: l'elemento oggettivo del fatto (doloso o colposo) e quello dell'oggettivizzazione (o realizzazione obiettiva) del dolo e della colpa nel fatto e nell'evento. Entrambi riguardano il *fatto tipico*, ma il primo lo ricostruisce nei contenuti privi di contaminazioni con la componente soggettiva (ciò che serve per un confronto con accertamenti materiali validi anche per il diritto civile o amministrativo), mentre il secondo presuppone invece (e quindi non ne discute l'esistenza) la componente soggettiva penalistica della condotta, che deve realizzarsi congruamente nel fatto e nel risultato tipico.

### 3. *I profili più generali dell'imputazione oggettiva in senso stretto. Tipicità oggettiva e imputazione oggettiva. Differenze*

Esistono dunque elementi del reato che si studiano al meglio in modo «generale», e soprattutto prima dell'indagine sulle peculiarità del loro atteggiarsi all'interno dei fatti dolosi e colposi: prima si può analizzare il mammifero e dopo si passerà alle sue specie, anche se storicamente ci si è mossi dall'analisi delle specie, dei singoli reati, di quelli dolosi e colposi, commissivi e omissivi, prima di evidenziare alcuni tratti comuni più generali.

In queste nozioni generali rientrano non solo elementi «esterni al mondo psichico» (per es. la causalità, o l'evento), ma anche *elementi di carattere rappresentativo*, però estranei alla specificità del dolo o della colpa: oltre alle componenti della condotta puramente materiali-esterne, anche quelle contrassegnate da elementi di rischio e dunque di prevedibilità o di mera conoscenza di fattori di pericolo, poiché tali elementi sono un contrassegno che dolo e colpa presuppongono a livello oggettivo, prima che soggettivo, e non li qualificano come requisiti della loro stessa definizione autonoma e differenziata.

In tale novero di elementi oggettivi rientrano dunque l'evento, il bene giuridico e l'offesa (cioè: il profilo oggettivo dell'offesa, quello che, peraltro, in Italia è identificato con l'offesa *sic et simpliciter*), alcuni aspetti centrali della causalità (cioè: il nesso di condizionamento, il problema delle leggi scientifiche, del grado logico e statistico di certezza nell'accertamento, il riferimento all'*hic et nunc* dell'evento, le concause, ecc.), certi aspetti materiali della condotta, compresi i tratti della sua pericolosità riguardanti il c.d. rischio consentito (quelli così basilari da ritenersi impensabile, restando al di sotto, che ci siano dolo o colpa, e quindi una condotta penalmente rilevante), i presupposti della condotta e le altre caratteristiche del fatto tipico (per es. aspetti di illi-ceità extrapenale richiamata o implicita) che la singola norma preveda.

Sono, tutti questi, problemi di elemento oggettivo, e quindi del fatto tipico in senso oggettivo, della c.d. tipicità oggettiva: che si studi un abuso d'ufficio, un peculato, una bancarotta, oppure l'adulterazione colposa di sostanze alimentari, le lesioni colpose o la rivelazione colposa di segreti, il discorso non cambia. Ognuno di questi fatti, necessariamente o dolosi o colposi, presenta una componente oggettiva di tipicità che esiste a prescindere da dolo o colpa.

All'interno della tipicità oggettiva (o elemento oggettivo), s'identificano poi alcuni problemi più specifici d'imputazione oggettiva. L'imputazione oggettiva (in senso stretto), perciò, occupa solo *una parte*, anche se centrale, dei problemi *del fatto tipico oggettivo*<sup>8</sup>. È questa, come anticipato e come ancora si vedrà, l'imputazione oggettiva *in senso stretto*.

Fra i predetti elementi, dunque, quelli più significativi per il nostro tema riguardano il rischio consentito, l'imputazione della causalità fra azione ed evento e comunque l'imputazione dell'evento come fatto proprio (avvenga ciò a titolo di dolo o di colpa).

#### 4. Segue. *La rilevanza del 'punto di vista' ex ante. Significato tecnico del rischio consentito, distinto da quello delle cause di giustificazione*

L'imputazione oggettiva non coinvolge solo il nesso fra condotta ed evento, ma *sorge già prima della causalità e dell'evento*.

Per imputare un risultato occorre *identificare una condotta* che sia *antiprecettiva* o in contrasto con le valutazioni dell'ordinamento (prima ancora che compiutamente antiggiuridica)<sup>9</sup>. Se non lo è, essa può anche cagionare un risultato tipico, ma rimane un'azione lecita.

---

<sup>8</sup> Per la distinzione fra tipicità oggettiva e imputazione oggettiva v. anche la ricostruzione di CANCIO MELIÀ, *Líneas básicas de la Teoría de la imputación objetiva*, 47 ss., 54 ss. Identifica invece imputazione oggettiva e ascrizione del fatto oggettivo nel suo complesso, DE VERO, *Disvalore d'azione*, 1520 ss., in modo da «assorbire» l'imputazione oggettiva nella tipicità della condotta colposa, pur con aperture significative all'esigenza di individuare l'area del rischio giuridicamente rilevante nei reati dolosi a forma libera, dove non c'è una regola cautelare che definisca e delimiti il rischio penalmente rilevante, laddove nei reati colposi esso sarebbe già esaurientemente delimitato dalla regola cautelare.

<sup>9</sup> Sul tema del c.d. punto di vista *ex ante* esiste una letteratura amplissima. Rinvio ai riferimenti contenuti in DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 74 ss., 84, 230 ss., 297 ss., 317 ss.; ID., *Teoria del reato* (1996), 159-172; ID., *Il volto attuale*, 141 s. in nota, nonché a CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, 398 ss., 416 ss.; v. anche, con specifico riferimento al tema delle scriminanti, CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo a una sistematica teleologica*, Jovene, Napoli, 2000, 492 ss.



Nella cultura della responsabilità oggettiva (che è quella dell'impianto originario del codice vigente) l'ordinamento non si preoccupava di affinare strumenti di educazione giuridica razionale di dialogo anticipato con il destinatario della legge, e lo trattava secondo uno stile autoritario: era il cittadino che doveva preoccuparsi di «schivare» le conseguenze che la legge gli accollava al di là delle sue colpe.

C'era poi un contesto di concezioni naturalistiche e causali dell'azione e del fatto, ed era possibile – anziché ancorare alla condotta la valutazione della sua antiprecettività o antidoverosità – «spostarla» *in parte* sulla causa (causalità adeguata ...), o sull'antigiuridicità (antigiuridicità oggettiva ...), salvo attendere perfino il giudizio sulla colpevolezza per dimensionare la violazione commessa nelle categorie dell'analisi del reato; era questa, per es., l'impostazione tedesca che riservava all'antigiuridicità il giudizio di contrasto del fatto con l'ordinamento: *Rechts-widrigkeit*, e alla colpevolezza il giudizio di contrasto della condotta dell'autore con l'imperativo penale: *Pflicht-widrigkeit*.

Nella cultura della responsabilità colpevole, invece, fin dall'inizio il fatto tipico deve essere in contrasto con una norma-precetto, che contiene o implica, se non una «norma di valutazione», certo però un parametro di valutazione e di orientamento delle condotte, che si preoccupa di istruire il cittadino circa i limiti normativi dell'area lecita, e quindi di insegnargli che l'illecito comincia quando attiva un rischio non consentito.

Non è tanto importante ora decidere fino a che punto si possa parlare di violazione di un precetto – cioè di una *regola di condotta* –, ovvero di una norma di valutazione, oppure di un criterio normativo di rilevanza (e poi di ascrizione) di un rischio – e quindi di una *regola d'imputazione*<sup>10</sup> –. La risposta a tali quesiti è soggetta a diverse variabili definitorie, a componenti anche soggettive, ecc. È molto più importante accordarsi sull'esigenza di costruire «spazi di libertà» per il cittadino<sup>11</sup>, finché questi rimane dentro al *rischio consentito*, e preoc-

<sup>10</sup> Sulla distinzione tra regole di condotta e regole d'imputazione rinvio ancora a HRUSCHKA, *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, 449 ss. Per un'accentuata riproposizione della distinzione classica (ma un po' artificiale) fra norme di determinazione o norme-precetto e norme di valutazione, cfr. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti*, 35 ss., 360 ss. (e al riguardo anche quanto osservato in *Il volto attuale*, 222 s., nota), e sul punto ancora CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, 398 ss., al di là della teoria delle norme costitutive di *status* ivi seguita (*op. ult. cit.*, 343 ss., 370 ss.).

<sup>11</sup> Nel senso che la funzione dell'imputazione oggettiva sarebbe quella di creare spazi di libertà di azione giuridicamente riconosciuti, v. quanto osservato da SILVA SÁNCHEZ, *Informe sobre las discusiones*, in ROXIN-JAKOBS-SCHÜNEMANN-FRISCH-KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, 103, riportando un'afferma-

cuparsi di spiegargli *ex ante* che è libero, anziché dirglielo più tardi, magari al termine di un processo che l'ha visto imputato. La realtà processuale, purtroppo, attesta invece che troppo spesso bisogna attendere una pronuncia d'appello o di Cassazione perché sia «certificata» la liceità, sotto il profilo della condotta, di un'offesa di per sé ingiusta che si è cagionata.

Tale stato di cose va corretto: la condotta non è antiprecettiva perché la si valuta *a posteriori* come tale (quando lo si farà a posteriori, la si definirà anti-giuridica), ma la si apprezza dal punto di vista di chi agisce, o di un soggetto ideale che rappresenta l'ordinamento nel valutare il contrasto del comportamento con la regola di condotta.

Una condotta, vista *ex ante*, può essere *lecita* per varie ragioni: perché del tutto atipica, magari in quanto risulta socialmente adeguata<sup>12</sup>, o perché c'è un'immunità o una causa di non punibilità soggettiva dell'autore, ecc. Tuttavia, con riferimento al suo (pur sussistente) contenuto lesivo, vi sono soprattutto due ragioni: a) perché non supera il rischio consentito; b) perché è scriminata da una causa di giustificazione<sup>13</sup>.

---

zione di G. Jakobs in un dibattito con W. Frisch. Nella stessa linea di pensiero mi pare di poter collocare il significato politico della ricostruzione di CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, 400 ss., 460 s. Rimane peraltro un certo disagio nel prendere atto di tutti i tentativi teorici che, per realizzare l'obiettivo indicato si appoggiano a costruzioni di tipo funzionalistico o su doveri di *status*, perché la matrice culturale di quelle premesse non pone al centro l'individuo, ma la società (e magari proprio lo Stato), e quindi – che si appoggino a Hegel, a Luhmann, a Lachmeyer, o a qualche altro interprete dei «ruoli» sociali – contiene *in nuce* una radicale subordinazione del primo alla seconda. Anche senza mettere in gioco la cultura liberale classica del penalista, la stessa armonizzazione di quelle premesse con un certo tipo di società, dovrà tener pur conto della loro adattabilità a contesti (starei per dire antropologici) dove il funzionalismo semplicemente ... non funziona.

<sup>12</sup> Oggi, con lo svilupparsi delle teorie dell'imputazione oggettiva, si tende a ritenere che l'adeguatezza sociale (per tutti C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, vol. I<sup>2</sup>, 296 s., e già C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata in diritto penale*, Morano, Napoli, 1966, 25 ss.) sia o un mero criterio ermeneutico per l'interpretazione restrittiva delle fattispecie, oppure una categoria superata e assorbita in quella del rischio penalmente rilevante (per tutti ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, § 10/33 ss., 42). Forse, peraltro, qualche spazio per l'adeguatezza sociale rimane ancora, dato che le fattispecie conservano una struttura più fantasiosa e complessa, ed esigono un *esprit de finesse* non sempre comprimibile nei parametri così semplici e lineari, così geometrici, come sono quelli del rischio e della causalità. Sull'adeguatezza sociale come fase normativistica dell'impostazione originaria welzeliana, omettendo citazioni «classiche», rinvio più di recente a CANCIO MELIÀ, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, 55 ss., 69 ss., e agli sviluppi illustrati nell'ampia trattazione di RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva*, 232 ss., 244 ss.

<sup>13</sup> Fuoriesce da tali ipotesi il caso tipico del nostro reato impossibile: il reato

*Nel primo caso (rischio consentito) l'evento (non però la condotta in quanto tale) rimane impedibile, perché il risultato non è legittimo, giustificato, «giusto», restando lecita solo la condotta che lo produce*<sup>14</sup>.

*Ipotesi del favoreggiamento personale del difensore.*

Nel favoreggiamento personale (art. 378 c.p.) il difensore può costruire l'interrogatorio dell'assistito consigliandogli di rendere certe dichiarazioni, e di non renderne altre, esattamente al fine di «eludere le investigazioni dell'Autorità». Questo rischio consentito discende dalla scriminante del diritto di difesa (art. 24 Cost.), ma non opera come causa di giustificazione piena: il diritto di difesa, qui, non rende «legittimo» il risultato raggiunto, ma solo la condotta elusiva. Esclude dunque la tipicità, senza autorizzare il risultato. Si tratta di un diritto che ha limiti normativi, del resto: se l'imputato rende dichiarazioni che riguardano la responsabilità di terzi, è tenuto a dire la verità (art. 64, terzo comma, lett. c), c.p.p.).

Può sembrare strano che si ammettano condotte senza autorizzare i loro risultati, ben evidenti, per es., rispetto al diritto che ha l'imputato di mentire *in re propria*. Si tratta, però, di una posizione doverosa dell'ordinamento: il diritto di difesa, nel caso ora visto, vertendo in capo all'indagato/imputato, si riflette sul difensore, ma non intende compromettere i valori dell'accertamento processuale, rispetto ai quali anche il difensore ha oneri di corretta partecipazione. È un diritto unidirezionale, quindi, che incide sulla liceità delle dichiarazioni o dei comportamenti processuali, ma non impone le loro conseguenze negative per l'amministrazione della giustizia, che costituiscono effetti impedibili e non «giustificati».

*Un altro esempio è offerto dal caso degli effetti collaterali segnalati del prodotto farmaceutico o dell'intervento chirurgico.*

L'impresa X vende un prodotto farmaceutico che produce in un numero molto circoscritto di ipotesi alcuni effetti collaterali, debitamente segnalati nelle prescrizioni e conformi alle valutazioni di «accettabilità» delle autorizzazioni ministeriali. Il paziente che l'ha assunto non può addebitare a chi ha commercializzato correttamente il prodotto, restando nei parametri sanitari e farmacologici prescritti, né dolo, né

---

impossibile, ex art. 49 cpv. c.p., rimane un fatto illecito, tanto che può conseguire una misura di sicurezza. Esso suppone, infatti, che vi sia stata pur sempre la violazione di un precetto, anche se concretamente non offensiva.

<sup>14</sup> Cfr. DONINI, *Teoria del reato*, 267 e lì i richiami a nota 20; ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, § 11/65; PAREDES CASTAÑON, *El riesgo permitido*, 124 ss., 440 ss., 520. In rapporto al favoreggiamento del difensore (v. l'esempio seguente) cfr., sia pur con diversa motivazione, PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1984, 193 ss., spec. 205 s.

colpa rispetto alle «lesioni» subite; lo stesso dicasi per un intervento chirurgico eseguito *lege artis*, ma che presenta effetti collaterali lesivi debitamente segnalati al paziente, che ha prestato un consenso informato all'operazione.

La vendita o l'intervento rimangono leciti, ma l'evento lesivo non è giustificato da una scriminante.

Mentre quindi il *rischio consentito* si limita ad autorizzare una condotta pericolosa, precludendo che le sia ascritto l'evento lesivo cagionato, la causa di giustificazione autorizza o impone anche un risultato tipico.

*Esempio. Caso dell'ordinanza di custodia cautelare.*

Se una norma e un provvedimento del giudice autorizzano gli ufficiali di Polizia giudiziaria ad arrestare Tizio, la sua perdita della libertà (per tutto il tempo legittimamente ritenuto dall'Autorità giudiziaria) è un fatto lecito, una lesione giusta, e non lo è solo la condotta («istantanea») di arresto.

Questo effetto di legittimazione anche *dei risultati* è del tutto comune alle scriminanti in senso stretto, dall'esercizio del diritto all'adempimento del dovere, dalla legittima difesa allo stato di necessità giustificante.

D'altro canto, l'intervento di una vera causa di giustificazione non opera solo *ex post*, ma già prima, al tempo della condotta, costituendo – secondo un ormai risalente ma sempre attualissimo insegnamento di Pietro Nuvolone e Franco Bricola<sup>15</sup> – un limite allo stesso precetto penale. Anche sotto questo profilo la differenza rispetto al rischio consentito è rilevante, perché una scriminante può autorizzarmi alla lesione fin dall'inizio della condotta, mentre il rischio consentito no<sup>16</sup>. Osservando poi il profilo dell'eliminazione del disvalore d'evento, in caso di scriminante, la differenza si apprezza in maniera ancora più netta.

Riassumendo: se vendo o distribuisco alcool in modo regolare e consentito durante una festa, posso prevedere che qualcuno alzerà il gomito e, rientrando a casa in automobile, cagioni un incidente, ma non sono competente per quel rischio (*caso della festa alcolica*); se re-

<sup>15</sup> NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale* (Palermo, 1947), ristampa, Giuffrè, Milano, 1972, 37 ss., 63 ss.; ID., *Il sistema del diritto penale*<sup>2</sup>, Cedam, Padova, 1982, 164 s., 203 s., 223 s.; BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Giuffrè, Milano, 1961, 132 ss.

<sup>16</sup> Esattamente, KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung*, in GA, 1994, 197 ss., 206.

golarmente non effettuò controlli di velocità a me istituzionalmente deputati, posso prevedere che questa costante assenza di attività pubblica sia un fattore molto rilevante di incidenti dovuti all'eccesso «incontrollato» di velocità, ma avrò una responsabilità politico-amministrativa, e non giuridico-penale, per i singoli eventi, salve ipotesi particolari d'inosservanza di obblighi (*caso degli omessi controlli della velocità*).

In tutti questi casi non risponderò dell'evento, che però rimane sicuramente un fatto impedibile e non autorizzato.

Prima di decidere se c'è la responsabilità per un evento cagionato, ci si dovrà dunque sempre chiedere se la condotta, *ex ante*, superava o meno un livello di rischio consentito. Ciò non significa che di regola si pongano problemi di accertamento del rischio consentito (è normale, infatti, che sia stato superato): un accertamento di tal genere è eccezionale, così come di regola non si deve accertare la presenza di una scriminante o della capacità di intendere e di volere (perché normalmente esistono l'antigiuridicità e l'imputabilità). Sul piano logico, però, quegli accertamenti, più o meno rari che siano, sono prioritari rispetto ad altri. Il problema, nel caso del rischio consentito, è se tale verifica resti assorbita nell'accertamento della causalità giuridica (rilevanza *causale* del rischio), ovvero se ci sia spazio per valutazioni di rischio *ulteriori* al rischio causalmente rilevante, magari differenziabili in caso di colpa o dolo (rilevanza *normativo-cautelare* del rischio)<sup>17</sup>: la

---

<sup>17</sup> L'attinenza di questa valutazione *ex ante* all'imputazione oggettiva è stata oggetto di critiche. Wolfgang Frisch, in particolare, ha suggerito di costruire il «comportamento conforme al tipo» (*tatbestandsmäßiges Verhalten*) come *categoria sistematica autonoma*, nella quale allocare tutta la dimensione *ex ante* dell'imputazione oggettiva, che resterebbe così «depurata» e circoscritta alla sola dimensione *ex post* della realizzazione del rischio nell'evento (W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg, 1988, 33 ss., 520 ss. e *passim*; e già ID., *Vorsatz und Risiko*, C. Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, 74 ss., 94 ss., 118 ss., 340 s.). L'opzione può sembrare meramente sistematica, di collocazione dei mobili nella stanza, con un mobile in più per contenere le stesse cose, in ogni caso. Ma forse c'è dell'altro. Ciò comporterebbe che, nei reati di evento, si possa parlare di comportamento conforme al tipo *prima* che il 'tipo' sia integrato compiutamente, prima dell'evento stesso, perché si prescinde dall'evento (con costruzione dell'oggetto del dolo completamente *ex ante*, si noti, escludendo l'evento in quanto «accade in seguito»). L'impostazione è vicina a quell'indirizzo tedesco che parla di un «illecito di azione» separato dall'illecito di evento dentro al medesimo reato (come se l'omicidio consumato, per es., avesse un illecito di azione da costruirsi *ex ante*, e un illecito di evento da costruirsi *ex post*), e che avvicina l'evento in genere a un elemento costitutivo problematico, perché estraneo a un vero rapporto di colpevolezza con l'autore del fatto (e quindi più in bilico verso le c.o.p.). Contro questa impostazione che radicalizza una separazione fra punto di vista *ex ante* (e disvalore di azione) e punto di vista *ex post* (e disvalore di evento), rinvio a quanto detto

distinzione è apprezzabile anche in vista di una riforma della disciplina codicistica delle concause (*infra*, Cap. III, par. 3).

È chiaro che *in una sistematica classica questi profili potevano sembrare attinenti al capitolo dell'antigiuridicità*<sup>18</sup>: non c'era spazio per inquadrare nel 'fatto' aspetti che in qualche misura ne definivano il carattere lecito o illecito, anche se si trattava solo di liceità del rischio o di liceità della condotta (e non ancora, compiutamente, del fatto tipico), implicando ciò comunque un momento di «valutazione» che veniva rigorosamente escluso da ogni componente del fatto tipico (che era «oggetto della valutazione»). Si trattava, peraltro, di tutta una logica che impediva di concepire la funzione motivante della norma penale e il punto di vista *ex ante*, come aspetti qualificanti già la costruzione della condotta tipica, per «spostarli» in sede di giudizio di antigiuridicità e di colpevolezza. Era dunque un approccio compatibile solo con le vecchie concezioni «causali» e «avalutative» dell'azione e del fatto, oggi completamente superate.

---

*supra*, nota 23, Cap. I, e ai miei precedenti lavori ivi citati dedicati a questo profilo. Va poi aggiunto che, dopo Frisch, quasi nessuno ha ritenuto di dover costruire un ulteriore contenitore di figure normative di iscrizione dei rischi penalmente rilevanti, oltre ai già noti del rischio consentito e dell'imputazione oggettiva. Per una critica all'impostazione di Frisch, e ad analoghe costruzioni (Wolter, ecc.), cfr. specificamente DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 230-245; Id., *Lettura sistematica*, parte II, 1139 s. in nota; CORNACCHIA, *Concorso di cause*, 415 s. in nota; SCHÜNEMANN, *Über die objektive Zurechnung*, 216-218; ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, §§. 11/51 e 12/58-61 e, pur se da un punto di vista assai più distante come sistematica di partenza, BURCKHARDT, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die «Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven»*, in WOLTER-FREUND (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, C.F. Müller, Heidelberg, 1996, 99 ss.

<sup>18</sup> Per una posizione che tenta di riportare pressoché tutti i profili dell'imputazione oggettiva nel capitolo dell'antigiuridicità, ritenendoli aspetti di valutazione, estranei al fatto tipico per ragioni di garanzia (gli aspetti valutativi dovrebbero servire sempre e solo a limitare la responsabilità e non a fondarla, sì che andrebbero per questo esclusi dalla tipicità: ma la distinzione appare del tutto impraticabile già con riguardo a vari profili degli elementi normativi «del fatto», dove c'è un primato dell'antigiuridicità sul fatto tipico, per il prevalere dell'intero ordinamento nella selezione di ciò che può risultare penalmente tipico: v. DONINI, *Il volto attuale*, 141 ss.), cfr. per es. BUSTOS RAMÍREZ, *Die objektive Zurechnung. Methodologische und systematische Fragen*, in *Gedächtnisschrift Arm. Kaufmann*, C. Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, 213 ss., spec. 230 ss. (anche in originale spagnolo: *Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas)*, in *Estudios pen. y crimin.*, XII, 1989, 105 ss.).

### 5. *Rischio consentito e colpa. Il rischio colposo come 'base' dello stesso dolo*

Tradizionalmente, il rischio consentito era stato scoperto prima, e studiato poi, nell'ambito dei reati colposi, dove, quando si agisce in un contesto lecito (per es. attività lavorative, quotidiane, sportive, ecc.) la condotta si inserisce spesso nel quadro di un'attività pericolosa ma (entro i limiti delle regole cautelari) permessa. Oggi, però, si comprende che il rischio consentito è alla base anche del dolo, presentando dunque un valore più unitario e più oggettivo.

Mentre *nella colpa* si deve fare sempre riferimento al modello di agente consono alla posizione-standard che l'ordinamento assegna o consente al soggetto che opera (per es. guidatore inesperto/guidatore provetto, medico generico/medico specialista, elettrauto modello e non «meccanico» generico, ecc.), nel suo significato più generale e pregnante, il *rischio consentito* è rappresentato dal superamento di un livello di pericolosità che travalichi i confini delle cautele esigibili in quel contesto dal *miglior* agente modello, dotato delle *migliori* conoscenze di fatto (la base del giudizio) e delle *migliori* conoscenze nomologiche (il metro del giudizio). Se da nessun possibile soggetto sarebbe stata esigibile la pretesa di una condotta più prudente o diligente, magari anche l'astensione da ogni azione, ciò significa che ci si è mossi in un'area ancora lecita, benché non priva di rischi<sup>19</sup>. Chi ha agito in quel contesto non ha nessun dolo giuridicamente rilevante, neppure se abbia per caso «voluto» che si realizzasse un qualche danno. Il dolo non rileva e non c'è per una ragione più radicale a monte: perché non c'è rischio giuridicamente rilevante. Se il contesto d'azione pone poi peculiari doveri di *status*, è ovvio che si terrà conto anche di quelli<sup>20</sup>: ma si

<sup>19</sup> Sulla concretizzazione del rischio «adeguato», o giuridicamente rilevante, v. nella nostra letteratura MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, 76 ss.; CASTALDO, *La concretizzazione del «rischio giuridicamente rilevante»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1096 ss.; Id., *Aids e diritto penale*, in *Studi Urbinati*, 1988-89/1989-90, spec. 95 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, 368 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 438 ss., 496 ss.

<sup>20</sup> Per es., come osservato in altra occasione, «l'eccezionalità o meno di un fattore *non decide mai*, in quanto tale, della rilevanza giuridica del suo accadere, perché se una norma impone di prevenire gli stessi eventi più rari, la sua inosservanza comporta la sicura imputazione»: DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 298, nota 16, citato adesivamente, ora, da CORNACCHIA, *Concorso di cause*, 400 e ss., nel corso della trattazione dell'imputazione in rapporto alla prioritaria definizione normativa degli *status* dei destinatari di obblighi o di spazi di libertà (occorrerebbe pertanto, secondo l'A., prima definire i doveri di *status*, che preconditionano gli spazi della responsabilità penale personale e la stessa possibilità di individuare il fatto tipico, sì che tutto il discorso sull'imputazione oggettiva ri-

tratta di doveri generalizzabili a chiunque agisca nella situazione concreta, condizionando colpa e dolo insieme.

*Caso della bancarotta preferenziale.*

Anche per l'imprenditore sull'orlo dell'insolvenza esiste un'area di comportamenti commerciali, e perciò di adempimenti, permessa: esiste cioè il diritto di tentare di salvare l'impresa, e non già l'obbligo di instare subito per il concordato preventivo o per la dichiarazione di fallimento<sup>21</sup>. Poiché, in una situazione di pre-insolvenza, ogni operazione commerciale comporta un rischio accentuato, a meno di precludere già allora l'esercizio dell'impresa – ciò che nessuno ammetterebbe – occorre elaborare parametri oggettivamente (e non soggettivamente) orientativi per le operazioni ancora consentite in quella situazione, anziché abbandonare gli operatori ad un giudizio *ex post* sulla loro prudenza «individuale»<sup>22</sup>. Poiché il rischio sufficiente per un livello obiettivo di colpa segna il confine inferiore di rilevanza anche della condotta dolosa, il pagamento preferenziale (l'aver preferito un creditore a un altro, con possibilità concreta di lasciare gli altri insoddisfatti) attingerà la soglia

---

marrebbe successivo a una valutazione particolare di teoria delle norme – norme di per sé non penali – riguardante i singoli destinatari dei doveri di *status*). Un approccio di tipo «generalista» al tema del rischio consentito (e quindi senza considerare i particolari doveri giuridici riguardanti singoli contesti o soggetti) rischia certo di rimanere astratto. Nello stesso tempo, un approccio solo incentrato sulla concretizzazione degli obblighi *ad personam* impedirebbe ogni discorso veramente orientativo e sarebbe troppo limitato e limitante. Non mi pare, infatti, che la prassi ponga di regola concretizzazioni di doveri così particolari, ma normalmente violazioni che riguardano tutti, nel dolo (a parte i reati propri, o quelli omissivi), e contesti di destinatari ben individuati, ma allargati a chiunque in essi agisca, nella colpa (e si tratta delle «normali» regole di cautela) o nell'omissione. Insomma: non possono il reato proprio e quello omissivo, ma neppure quello colposo, ribaltare totalmente la tradizione (pur bisognosa di un superamento) e addirittura costituire il 'modello teorico' di una teoria delle norme su cui poi fondare una intera teoria del reato (v. peraltro le anticipate difese di CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, 459-461). Questo non significa che non ci sia un primato dell'intero ordinamento, dei suoi obblighi e doveri (e dunque un primato dell'antigiuridicità) sul diritto penale (e perciò sul fatto tipico). V. al riguardo quanto osservato in DONINI, *Il volto attuale*, 141 ss.

<sup>21</sup> Cfr. PEDRAZZI, *Art. 216*, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1995, 157-159, 164-167.

<sup>22</sup> Su tali profili, nella letteratura tedesca, dove opera un sistema in cui anche per le distrazioni dolose è richiesto espressamente che avvengano in contrasto con «le esigenze di un'economia ordinata», cfr. TIEDEMANN, *Vof § 283/101 ss.* in *Id. Insolvenz-Strafrecht, §§ 283-283 d StGB*, de Gruyter, Berlin-New York, 1996; KRAUSE, *Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, *passim*.



di rilevanza anche per il dolo di eventuale danno per la massa solo se appaia quanto meno così rischioso da risultare oggettivamente «imprudente» secondo una valutazione economica di impresa *commisurata* – si noti – *a una situazione di crisi*. Ma l'oggettiva imprudenza del pagamento (*rectius*: la sua rilevanza come produttivo di un rischio non consentito), ha come referente non il rapporto fra l'attivo e il passivo fallimentare, quanto piuttosto la discriminazione fra i creditori, anche a parità del predetto rapporto. Possediamo, così, un criterio più orientativo del riferimento disimpegnato (in quanto rimanda tutto a un accertamento giudiziale apparentemente relativo agli *interna* dell'imprenditore) all'elemento «psicologico». Ogni imprudenza grave ai sensi dell'art. 217, n. 3, legge fall., e ogni preferenza dolosa con accettazione del danno ai sensi dell'art. 216, terzo comma, dovranno comunque aver varcato una soglia oggettiva non più consentita di rischio confacente alla situazione di crisi e rapportata alla *ratio* delle distinte disposizioni incriminatrici<sup>23</sup>.

Valorizzare il rischio consentito come base della trattazione della colpa e anche del dolo, si giustifica in base a diversi parametri normativi che preselezionano le sfere di competenza e dunque qualunque possibilità di ascrivere a dolo o a colpa anche *la condotta di terzi*, che rimane un «fatto altrui».

*Esempio. Fatto altrui e dolo solo interiore (caso dell'inviato speciale).*

Se Tizio, responsabile di una società televisiva, induce Caio, collega odiato, ad un viaggio a rischio in una città teatro di continui scontri e bombe, inducendolo ad un *reportage* giornalistico con il desiderio che rimanga vittima di un attentato, egli avrà sicuramente innalzato il rischio di morte del collega. Il consenso di quest'ultimo, peraltro, unito all'ingovernabile convergere di fattori sopravvenienti attivati da terzi

---

<sup>23</sup> *Amplius*, sul tema, DONINI, *I pagamenti preferenziali nella bancarotta (art. 216, terzo comma, legge fall.): frode ai creditori e colpa grave come limiti 'esterni' alla fattispecie. Il rischio non più consentito come elemento oggettivo 'interno'*, in *Studium Iuris*, 1999, 139 ss. La soluzione non subisce modifiche ora, dopo la riforma delle procedure concorsuali per effetto del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. dalla legge 14 maggio 2005, n. 80. Benché vi siano incidenze indirette della nuova disciplina fallimentare su quella penalistica (di per sé rimasta intatta), e per quanto oggi sia possibile attivare il nuovo concordato preventivo in presenza anche solo di uno «stato di crisi» (che insolvenza non è), la libertà di salvare l'azienda prima che si verifichi lo stato di insolvenza rimane intatta: con quello che ne segue alla luce del discorso articolato nel testo. Sulle nuove modifiche, per quanto interessa i riflessi penalistici dell'attuale disciplina del concordato, delle revocatorie, della bancarotta preferenziale, cfr. i primi commenti di ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, spec. 121 ss., 128 ss.; SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, spec. 1300 s.

(kamikaze, terroristi, ecc.) che agiscono come cause indipendenti, esclude che, se l'evento si verifica, Caio possa essere ritenuto la vittima di una «condotta omicida» di chi l'ha determinato. Questi ha posto una *c.s.q.n.* dell'evento sul piano psicologico, però i fattori sopravvenuti sono da soli sufficienti a determinare l'evento, e ciò non perché fossero del tutto imprevedibili, o non approfondiscano rischi iniziali, ma perché non erano collegati ad un rischio qualificabile come di condotta omicida «propria» del soggetto istigatore: riguardano sfere giuridiche di competenza di terzi.

Sotto un certo livello di rischio qualunque cattiva intenzione, qualunque superficialità o disinteresse per gli altri non valgono ad imputare nessuna condotta *a nessuno*. Quella condotta, perciò, rimane semmai immorale, ma non antiprecettiva in senso giuridico.

Il *principio di laicità*<sup>24</sup> preclude che si possano imputare più rischi a chi ha una volontà più malvagia, quando l'ordinamento ha consentito di agire fino ad una certa soglia di pericolo: quella soglia vale oggettivamente, e se sarà utilizzata con malizia, per la causazione dolosa di un danno, dovrà essere (e verrà necessariamente, perché l'ipotesi sia realistica!) superato il livello di rischio lecito (per es. si invierà il collega reporter in un luogo particolarmente pericoloso senza renderlo edotto dei rischi specifici noti a chi lo induce).

Vale dunque la regola: *non c'è dolo (giuridicamente rilevante) senza rischio colposo*, cioè senza il rischio sufficiente per la colpa (non necessariamente del medesimo soggetto agente, ma) di qualcuno, di qualche agente modello.

*Esempio. Caso dell'istigazione al suicidio indiretta, con mezzi giuridici.*

Tizio, creditore e concorrente di Caio, sa che per ottenere il pagamento del credito può esercitare diritti di garanzia (pigni su azioni e ipoteche) che porteranno Caio a un tracollo psicologico ed economico. Ed egli esercita quei diritti esattamente per distruggere il rivale, che soffre di depressioni cicliche, oltre che per soddisfare il proprio credi-

---

<sup>24</sup> La laicità, a mio avviso, pur rappresentando un «carattere» del sistema (cfr. DONINI, *Teoria del reato*, 32 s.), conserva anche alcuni tratti del principio, perché presenta un valore deontologico e non puramente descrittivo quale mera risultante degli assetti normativi in essere: infatti il diritto (penale) non solo è laico perché attua i principi di materialità, di offensività, di primato del fatto, ecc., ma *deve* essere laico per rispettare il pluralismo etico-religioso e per mantenere tracciati i confini con la morale, sia quella privata (il che appare oggi scontato) e sia quella pubblica: il che appare assai meno evidente, oggi, poiché il diritto penale è un'etica pubblica e poiché al di fuori del diritto, spesso volte, un'etica pubblica non c'è: ciò che è divenuto sempre più inevitabile in una società multiculturale.

to, e lo manda in rovina inducendolo indirettamente al suicidio. Orbene, finché non si individui la violazione di una cautela che segna il superamento del limite del rischio permesso, il dolo di Tizio rimane un fatto interiore, una malvagità, che l'ordinamento non può sindacare entro i confini dell'esercizio di diritti di credito e garanzia che non legittimano il risultato perseguito (la rovina psicologica, fino al suicidio), ma il rischio sì.

Rimane in ogni caso imprescindibile, come già detto, l'esigenza di concretizzare il rischio (come del resto avviene nella colpa, il cui rischio minimo è alla base del dolo) sulla situazione specifica, in tutte le sue fattezze socialmente rilevanti. Non vale certo richiamarsi alla mera «attività» genericamente lecita o all'esistenza di una condotta osservante di una cautela, quando essa può risultare inosservante di altre e decisive precauzioni: ciò significherebbe, infatti, costruire il rischio lecito (o l'assenza di colpa) su una condotta inutilmente osservante di una regola cautelare (o di una generica autorizzazione all'attività pericolosa) e irriguardosa dei pericoli oggettivamente rilevanti che un'altra e specifica precauzione intende neutralizzare<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Per criticare meglio certe espressioni dell'imputazione oggettiva capita che le si attribuiscono tesi insostenibili e mai sostenute dalla quasi totalità (circoscrivo per prudenza l'affermazione) dei suoi esponenti. Si è scritto, per es., che «a ragionare in termini di «imputazione oggettiva + prevedibilità/evitabilità individuale», il rischio nascerebbe lecito e precluderebbe sempre il giudizio di responsabilità penale nel caso dell'automobilista che viaggi osservando una condotta astrattamente ed oggettivamente prudente (ad esempio, ad una velocità in sé moderata) e ciò nonostante investa un bambino. Si noti che all'esito assolutorio dovrebbe giungersi anche quando circoli per una strada dove sa affacciarsi una scuola elementare» (così DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, 452 s.). Si tratta di un assunto destituito di fondamento: il rischio consentito o lecito non è mai isolato dalla situazione concreta, così come l'osservanza di una regola di prudenza specifica (per es. sulla velocità) non esclude certo il dovere o l'onere di rispettare altre cautele, a cominciare dal dovere di attenzione costante alla guida, la cui inosservanza apre da principio una quota di rischi illeciti certo non compensabili dalla velocità moderata. E questa concretizzazione dei rischi penalmente rilevanti, al di là di certe regole astrattamente seguite, vale nella colpa come nel dolo: se uccido intenzionalmente una persona con la vettura, procedendo ai 30 km/h, non ho certo spazio per invocare il rischio consentito (!), quando ho più direttamente violato il *neminem laedere* senza «passare» per nessuna violazione cautelare specifica, né generica, dato che ero attentissimo a quanto stavo facendo! È però evidente che, se non fossi stato in dolo, avrei almeno commesso il fatto con colpa generica relativa alla disattenzione alla guida. Se invece la persona si fosse gettata improvvisamente sotto le mie ruote in quella situazione, non avrei né colpa, né dolo, rimanendo il fatto ascrivibile totalmente alla sfera di responsabilità della vittima.

*Esempio.*

Se Tizio, mentre procede a bassa velocità ed è attentissimo, si accorge che sulla carreggiata sta cadendo, venti metri più avanti, una persona in bicicletta, e si sposta immediatamente a sinistra per evitarla, qualora investa in modo evitabile (egli poteva, infatti, anche solo frenare) un altro automobilista sulla corsia di sorpasso, ne risponderà per colpa anche se era attentissimo a salvare una vita e procedeva, *prima di* questa manovra infelice, nel pieno rispetto delle regole. Lo stesso accade, evidentemente, se egli investe il ciclista perché non si accorge che sta cadendo, in quanto in quel preciso istante, dopo lunghi minuti di grande attenzione, si è distratto mentre armeggia col cellulare. Ovvio, poi, che se ha investito apposta il ciclista riconoscendolo come un odiato confinante che gli offriva una scusa stupenda per «farlo fuori», Tizio avrà violato direttamente il precetto »non uccidere«, senza che gli si debba dimostrare una «colpa», per quanto l'avrebbe avuta se, privo della finalità omicida, non si fosse arrestato per tempo o non avesse reagito adeguatamente.

Se dunque il dolo suppone un rischio colposo, o sufficiente per un'imputazione colposa (al soggetto agente o a qualcun altro non importa, come meglio vedremo), esso non contiene peraltro una «colpevolezza» colposa<sup>26</sup>.

Il borsaiolo perciò, non è tale perché soggettivamente negligente o imperito («colpevole anche di colpa», oltre che di dolo), né il killer dovrà risultare colpevole di «disattenzione» o di aver violato cautele a tutela della vita, mentre sta facendo esplodere con successo un ordigno nell'auto della vittima designata.

È vero dunque che chi infila la mano nella tasca altrui per derubarlo sta per commettere un furto, e non è imprudente o negligente. Tuttavia, si sa che entrare nella sfera giuridica di terzi senza consenso significa non solo violare un divieto, ma anche esporsi ad una difesa, a una rappresaglia. Occorre dunque evitare di farlo anche involontariamente. Chi lo facesse senza volerlo, potrebbe comunque contravvenire anche a una regola prudenziale (del tipo: quando cerchi una cosa nel tuo soprabito, verifica bene che sia il tuo e non quello di un terzo), ma

---

<sup>26</sup> *Contra*, peraltro, MARINUCCI, *Non c'è dolo*, 26, 34. Più prudente (violazione della diligenza oggettiva o superamento del rischio consentito) la precedente formulazione di FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, 383-392. Prima ancora, nella nostra letteratura, PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Giuffrè, Milano, 1993, 85 ss., 98, tesi già presente nell'ed. provv. del 1988. Sul punto, con particolare riguardo all'idea che il dolo contenga la colpa (idea presente da tempo nella letteratura tedesca) e alla formulazione (che poi sarà) assunta da Marinucci, cfr. i rilievi critici in DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 329 ss., 351 s.; ID., *Teoria del reato*, 167 ss., 255 ss.; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, 795; M. ROMANO, *Commentario*, vol. I<sup>3</sup>, Art. 40/9. V. anche quanto osservato *infra*, Cap. IV, par. 2.

rispetto al «rischio» di impossessarsi di cose altrui potrebbe dirsi «imprudente» o «negligente» solo in quanto *non vuole* quel risultato.

Insomma: i precetti che vietano di uccidere o di rubare non hanno bisogno, per essere operativi, di sottintendere la prova di una negligenza o di un'imprudenza. Per questa ragione, se si uccide intenzionalmente taluno procedendo ai 30 km/h, si viola direttamente il *neminem laedere* senza bisogno di dimostrare una qualsiasi negligenza, che magari avrebbe chi commettesse il fatto senza volerlo, per pura disattenzione.

Nello stesso tempo, non è neppure vero che, superato il rischio sufficiente per la colpa (cioè il rischio colposo), ci sia già, automaticamente, un rischio adeguato al dolo. Di regola, il rischio adeguato all'imputazione dolosa sarà superiore, se non diverso<sup>27</sup>, in ragione dell'organizzazione finalistica della causalità, laddove nella colpa c'è la perdita del dominio finalistico sulla causazione<sup>28</sup>.

Si pensi solo alla possibilità di costruire la colpa su un rischio illecito basato solo sul *principio di precauzione*, il quale costruisce cautele in assenza della prova scientifica di un rischio, solo temuto e neutralizzato con misure iperprotettive anticipate<sup>29</sup>. Già oggi, *prima facie*,

---

<sup>27</sup> Lo riconosce adesso anche DE VERO, *Disvalore d'azione*, 1517. *Amplius*, sul punto, DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 340 ss. Nel senso che esisterebbero un «rischio doloso» e un «rischio colposo» differenziabili secondo criteri non di grado, ma «*da aliud ad aliud*», CANESTRARI, *Dolo eventuale*, 143 ss. La ricostruzione dell'A., peraltro, è incentrata soprattutto sul rapporto tra dolo eventuale e colpa cosciente, e ipotizza proprio il dolo eventuale come un tipo a sé stante, diverso dal tipo doloso diretto e intenzionale. In realtà, nel dolo in genere (e da sempre con maggiori problemi proprio nel dolo eventuale) è diversa la condotta che veicola il rischio (dolo e colpa come 'azione'). In ogni caso, mi pare che proprio la ricostruzione dei rapporti fra rischio doloso e rischio colposo proposta da Canestrari avvalorino la tesi sostenuta dai teorici dell'imputazione oggettiva. Infatti, il rischio doloso che l'A. costruisce per il dolo eventuale è sicuramente più significativo di quello appena sufficiente per la colpa (un rischio che l'agente-modello neppure potrebbe riconoscere come proprio, e prendere in considerazione di accettarlo), e dunque presuppone che il rischio colposo sia sicuramente superato. Là dove esso non sarebbe superato è in alcune ipotesi peculiari di dolo diretto e intenzionale relative soprattutto alle *conoscenze superiori* del soggetto agente. Potrebbero dunque essere delle eccezioni, ma in realtà non lo sono, come si vedrà da presso nel testo (Cap. III, par. 2-3). La tesi che il dolo contenga un rischio adeguato alla colpa è accolta dalla grande maggioranza della letteratura penalistica tedesca: v. *infra*, Cap. IV, par. 2.

<sup>28</sup> Sulla differenza tra dominio e controllo finalistico della causalità nel dolo e loro carenza o perdita nella colpa, v. quanto osservato in DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 340 ss.; ID., *Teoria del reato*, 74 ss.

<sup>29</sup> Il principio di precauzione, nel significato tecnico dei documenti comunitari e internazionali che lo costruiscono e lo diffondono, si fonda sull'incertezza

dovrebbe apparire ben più facile causare la morte di qualcuno *mandandolo* nel bosco durante un temporale, che non somministrandogli qualche prodotto alimentare contenente o.g.m., ma certo costruire su quelle basi anche solo un tentato omicidio pare al di fuori della realtà.

Quando si inserisce il *rischio* nella dimensione oggettiva del fatto, entrano nell'oggettivo *elementi di prevedibilità*. Questo esito potrebbe sorprendere chi è stato educato ad una vecchia dogmatica, che quando sentiva parlare di prevedibilità, la traduceva subito nella colpa: mettere la prevedibilità nell'elemento oggettivo, si diceva, significa anticipare la colpa nel fatto (era la vecchia obiezione alla causalità adeguata), e quindi che cosa resta della colpa nell'elemento soggettivo, se già è stata anteposta a quest'ultimo, trattandola surrettiziamente insieme all'evento, alla condotta e alla causalità nell'elemento (sedicente) «oggettivo»? Questa commistione di soggettivo e oggettivo non crea confusione, si obietta ancora oggi, rispetto alle pretese oggettivistiche dell'imputazione oggettiva? Che cos'è questo fritto misto di oggettivo e soggettivo, di causalità e colpa, presentati sotto un'unica etichetta?<sup>30</sup>

Ecco, a queste obiezioni ho cercato di rispondere già vari anni fa in una monografia<sup>31</sup> e gli argomenti lì sostenuti non hanno trovato una confutazione. Posso qui solo ricordare che, mentre il rischio (la sua esistenza) rimanda a una realtà oggettiva, sia esso conosciuto oppure

---

scientifico circa la pericolosità di una condotta, di una sostanza, ecc. A favore di un principio di precauzione penalmente protetto, da ultimo, PULITANO, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, 786 ss.; RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi Marinucci*, vol. II, 1743 ss., con ampi richiami. Sul tema, si consenta di rimandare ai rilievi critici contenuti in DONINI, *Il volto attuale*, 119-123.

<sup>30</sup> In particolare, gli Autori di scuola finalistica hanno sviluppato queste obiezioni in Germania e anche in Spagna. In Italia, per una posizione che ricalca quelle obiezioni, muovendo da una visione classica e tradizionale dei rapporti tra oggettivo e soggettivo, v. BONAFEDE, *L'accertamento della colpa specifica*, Cedam, Padova, 2005, 142 ss., 153 ss. È curioso che l'A. ravvisi un collegamento positivo tra finalismo e imputazione oggettiva; ma ancor più curioso mi pare il fatto che attribuisca a mie presunte matrici finaliste (solo perché riconosco che dolo e colpa sono anche «azione» e dunque tipicità?) la possibilità di conciliare l'imputazione oggettiva con la valorizzazione, al suo interno, di elementi «soggettivi» (gli elementi di prevedibilità insiti in ogni giudizio di rischio): l'assunto colpisce, perché in Germania e in Spagna sono stati proprio i finalisti (quelli veri, mentre in senso generico post-finalisti lo sono quasi tutti) ad opporsi di più all'introduzione della categoria dell'imputazione oggettiva. Oltre a GRECO, *Das Subjektive an der objektiven Zurechnung*, 519 ss., la lettura del più volte citato libro di RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado, passim*, è particolarmente istruttiva per sciogliere qualsiasi dubbio al riguardo.

<sup>31</sup> DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit.

no, il momento della rappresentabilità di un rischio è comune a dolo e colpa, non li contraddistingue né li contrassegna in modo qualificante: da un lato, la rappresentabilità è solo una premessa per ricostruire la regola cautelare la cui violazione integra la colpa; dall'altro, non è certo un contrassegno che vale a identificare il dolo, ma a renderlo socialmente rilevante sì. Ciò è già sufficiente per fare capire che il rischio non è, di per se stesso, né dolo né colpa, e quindi è del tutto legittimo trattare alcuni problemi che lo riguardano, e che sono comuni, prima dell'elemento soggettivo in senso stretto<sup>32</sup>. L'imputazione oggettiva non diventa soggettiva solo perché ha a che vedere (anche) con problemi di rappresentabilità o di prevedibilità oggettive: il vero discrimine fra elemento oggettivo e soggettivo è costituito dalla volontà, che è decisivo per distinguere dolo e colpa, mentre a livello di rappresentazione quelle due figure non sono adeguatamente differenziabili. Per tali ragioni è corretto inquadrare nell'imputazione oggettiva in senso stretto (comune a dolo e colpa) questioni unitarie del rischio consentito, collocando invece nell'imputazione oggettiva in senso lato quelle differenziabili all'interno dei fatti colposi e dolosi.

---

<sup>32</sup> Con chiarezza, di recente, BONDI, *Philosophieverbot: l'agonia del diritto penale moderno*, in *Studi Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 120-123.

### CAPITOLO III

## IMPUTAZIONE OGGETTIVA E CAUSALITÀ

SOMMARIO: 1. La causalità come elemento pregiuridico e come momento dell'imputazione oggettiva. – 2. Il rischio che precede la causa (*ex ante*). La piattaforma unitaria di rischio comune a dolo e colpa e lo sfruttamento doloso delle conoscenze superiori. – 3. *Segue*. Il problema delle concause sopravvenute (rischi *ex post*) e la riforma dell'art. 41 cpv. c.p. – 4. Il ruolo delle cause concomitanti o preesistenti «anomale». – 5. I danni a distanza (responsabilità del produttore, malattie professionali, eventi da contagio, reati contro salute e incolumità pubbliche, reati fallimentari) e la vittima come concausa.

#### 1. *La causalità come elemento pregiuridico e come momento dell'imputazione oggettiva*

I *problemi della causalità* e della sua configurazione giuridica, che suppongono una condotta realizzata oltre la soglia del rischio lecito, sono *problemi* anche *d'imputazione oggettiva*.

Ciò potrebbe sembrare eccessivo, se si considera che la causalità riguarda un nucleo duro, irriducibile a convenzioni normative, della realtà pregiuridica disciplinata dall'ordinamento. Sappiamo tutti, per es., che il giudice non è un produttore, ma un consumatore di leggi causali e scientifiche: almeno nel significato che, là dove esse esistono, non può prescindere (v. *infra* sull'accertamento causale in assenza di vere «leggi»). Solo una parte dei contenuti della causalità «giuridica», peraltro, rimangono indisponibili da parte del legislatore. Essa non presenta, infatti, aspetti naturalistici tutti così separati dalle ragioni per le quali viene impiegata nel mondo giuridico, e quindi non si contrappone all'imputazione oggettiva come la natura alla legge, o il fatto alla norma: contrariamente a quanto ritenuto da alcuni, pertanto, l'imputazione oggettiva non è un semplice «correttivo» della causalità – come a suo tempo venne inteso il loro proprio ruolo dalle teorie della causalità adeguata, da quelle della rilevanza causale o dalla teoria della causalità «umana» di Antolisei: è la causalità a interessare profili centrali della stessa imputazione oggettiva perché la causa, prima di essere tale, è un fattore di rischio.



L'imputazione, in altri termini, non si contrappone alla causalità come se rappresentasse il momento normativo posto a raffronto con (e integrazione di) quello naturalistico, perché anche la causalità, nel diritto, è normativamente definita e serve a scopi di imputazione<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ciò è stato sempre ben chiaro alla letteratura italiana, dai tempi di Carrara, fino ad Antolisei e Grispigni, e chiarissimo è questo dato nella costruzione della parte generale del vigente codice penale (che addirittura assorbe l'imputazione nella causalità). Tra gli interpreti più vicini al metodo tecnico-giuridico (e quindi al codice), la sensibilità verso questo approccio che unisce fino a identificare causalità e imputazione, e in ogni caso non separa la causalità giuridica da momenti imprescindibili d'imputazione, la si può ancora ritrovare bene espressa, per es., nel manuale di Pagliaro, ma è rinvenibile anche nell'opera dell'autore che forse più di tutti, negli anni Settanta, si è avvicinato al neopositivismo, cioè Federico Stella, che ha sempre difeso la *c.s.q.n.* come punto di vista squisitamente giuridico dell'imputazione causale (benché non utilizzi il termine imputazione, ma solo quello di causalità e svaluti tutti gli altri momenti dell'imputazione oggettiva). Una più chiara distinzione concettuale mi pare invece doverosa, ed è positivo che i più recenti progetti di riforma della parte generale del codice penale utilizzino la categoria dell'imputazione a fianco di quella della causalità (v. i richiami *infra*, note 24 e 27). Rappresenta invece il frutto di talune influenze tedesche di matrice varia (soprattutto neokantiana, ma in parte neohegeliana) che mi sembrano un po' estranee alla nostra tradizione, la tendenza a una netta separazione tra causalità e imputazione (oggettiva), o addirittura la critica al «dogma causale» come fonte di presunte confusioni o commistioni concettuali di natura e cultura (o regno della natura e regno dei fini), fatto e valore, descrittivo e prescrittivo ecc., o come fondamento della responsabilità per fatto proprio: una simile posizione è molto accentuata, per es., in KELSEN, *Vergeltung und Kausalität*, Stockum & Zoon, The Hague, 1941; ID., *Society and Nature. A sociological Inquiry*, Chicago, 1943, trad. it., *Società e natura. Ricerca sociologica*, Einaudi, Torino, 1953; ID., *Causality and Imputation*, in *Ethics*, 1950, 1 ss., trad. it. *Causalità e imputazione*, in ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, 207 ss., la si ritrova nello storicismo tedesco (scienze della natura vs. scienze dello spirito: sul tema della «blindende Naturkausalität» in Dilthey, cfr. STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie. Erklärung, Begründung, Kausalität*, Bd. I<sup>2</sup>, Springer, Berlin, 1983, 415) e nella filosofia dei valori (cfr. HARTMANN, *Ethik*<sup>3</sup>, de Gruyter, Berlin, 1949, 208 ss., e qui l'identificazione della causalità con il caso, propria anche della c.d. Scuola hegeliana), e si rinviene in vari penalisti tedeschi, che muovono dalla tradizionale dicotomia tra scienze della natura e scienze della cultura, e sono perciò molto indotti, da quelle premesse, ad assegnare la causalità al mondo dell'essere, della mera «spiegazione», e l'imputazione al mondo del dover essere, a quello dei valori, della valutazione ecc. (per una riflessione sul significato attuale di quella tradizione di pensiero per la scienza giuridica, si consenta di rinviare a DONINI, *Il volto attuale*, 289-316, e spec. 301 ss.). È quindi molto frequente leggere di una contrapposizione fra la «blinde Kausalität» (o Naturgewalt) e la Zurechnung: da BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. II<sup>2</sup>, 1 Hälfte, Leipzig, 1914, rist. Scientia Verlag, Aalen, 1991, 82 ss., a LARENZ, *Hegelszurechnungslehre*, 53 ss., a WELZEL, *Kausa-*

Il giurista, perciò, deve fruire del sapere epistemologico del suo tempo, ma *impiegare un proprio concetto di spiegazione causale*, quello che è *rilevante ai fini di un giudizio d'imputazione individuale*<sup>2</sup>. Più che la causalità ad essere pregiuridica, lo sono dunque le leggi scientifiche che il criterio d'imputazione causale utilizza.

Ecco perché, ad es., mentre in altri campi si può accettare una concezione probabilistica oppure una concezione «generalizzante» della causalità, la responsabilità (e dunque l'imputazione) penalmente rilevante esige un accertamento di tipo particolare o individualizzante, e consente l'impiego di parametri statistici o probabilistici solo all'interno di una spiegazione compiuta del nesso di condizionamento particolare<sup>3</sup>. Questo non significa che anche nel giudizio penale non trovi-

---

*lität und Handlung*, in *ZStW*, 51, 1931, 703 ss., 718 ss., a LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1 ss., è tutta una polemica contro il «dogma causale» (altri richiami in DONINI, *Lettura sistematica*, 610, nota 64). Idoli polemici che forse non saranno mai superati, perché la causalità rimane anche un dato logico-naturalistico (contro il dogma causale, da ultimo, v. anche CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, 27 ss.). Tuttavia, non presentandosi essa mai allo stato puro, né nel mondo del giurista, ma neppure in quello del fisico o del biologo (che privilegiano una causalità parimenti adatta ai loro scopi), dovrebbe essere chiaro l'eccesso di ogni separazione radicale fra causalità e imputazione, data la *funzione* della causalità giuridica, relativa anch'essa all'ascrizione di responsabilità individuali. La posizione più equilibrata, a questo riguardo, mi è parsa sempre quella di ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 20 s., 48; Id., *Die Kausalität im Recht*, in Id., *Vom Weltbild des Juristen*, Winter, Heidelberg, 1965, 110 ss., che tra l'altro – come già ricordato – ha offerto contributi fondamentali ai contenuti delle moderne teorie dell'imputazione oggettiva, senza peraltro privilegiare la nozione di imputazione, o di imputazione oggettiva, ma quelle di creazione e aumento del rischio, adeguatezza, adeguatezza specifica, rischio consentito, realizzazione del rischio nell'evento, ecc.). Per una rassegna delle diverse sfumature nella lettura dei rapporti fra causalità e imputazione (oggettiva) nei penalisti contemporanei, oltre a quanto già osservato in *Lettura sistematica*, parte I, 608-611, cfr. ANARTE BORRALLLO, *Causalidad e imputación objetiva*, 402-407.

<sup>2</sup> Senza radicalizzare il contrasto (v. la nota precedente), resta a questo proposito illuminante la contrapposizione tra la (mera) spiegazione causale mediante leggi come processo di tipo «generalizzante» e l'imputazione come procedimento «individualizzante», illustrata da M. WEBER, *L'«oggettività» conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale* (1904), in *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Einaudi, Torino, 1974, 93 s.

<sup>3</sup> Solo con queste precisazioni si può aderire a STELLA, *Giustizia e modernità*<sup>3</sup>, 237 ss., 291 ss., 350 ss., 398 ss. che ben tematizza l'esigenza di una «causalità individuale» (parola nuova per un concetto antico), ma tende oggi a escludere comunque le leggi statistiche dal contesto della stessa spiegazione causale in campo penale, quasi supponendo che il giudice, utilizzandole, non possa fare altro che affidarsi al coefficiente della legge, senza altri accertamen-

no spazio leggi scientifiche di valore puramente probabilistico: solo che non potranno mai bastare, da sole, per sorreggere l'accertamento della causalità.

Per tale ragione è opportuno distinguere fra leggi (statistiche o universali), e spiegazione causale<sup>4</sup>: *l'essere causale qualifica la spiegazione, prima che la legge (universale o statistica che sia)*. Infatti, mentre le leggi universali (solitamente ritenute leggi causali, esprimendo regolarità tendenzialmente assolute, senza eccezioni) possono anche non riguardare la successione di eventi in rapporto eziologico (per es. la legge sulla velocità del pendolo, oppure alcune leggi «dinamiche», o di sviluppo biologico), le leggi statistiche, in quanto tali, possono essere utilizzabili (se non riflettono mere frequenze di accadimenti: per es. la probabi-

---

ti. Tutto al contrario, egli dovrà rigorosamente potere escludere l'esistenza di cause alternative esclusive, o dimostrare che la possibilità solo statistica di evitare l'evento «in assoluto» è accompagnata dalla certezza di un condizionamento dell'evento storico concreto. Non è vero che ciò sia impossibile quando si utilizzano leggi statistiche. In presenza di leggi statistiche occorrerà distinguere tra quelle relative a fenomeni multifattoriali, dove non è mai stata veramente individuata una causalità individuale da parte di una delle possibili concause, e quelle dove tali causazioni sono isolabili, soprattutto se si tratti di fenomeni monofattoriali o con causazioni complesse, ma dovute a componenti note, delle quali alcune sicuramente escluse in concreto. *Amplius* sulla posizione «del secondo Stella» (ben diversa da quella del suo libro del 1975) v. quanto precisato *infra*, Cap. IV, nota 36. Sulle peculiari problematiche del rapporto fra causalità generale e individuale nella responsabilità da prodotto (pur senza lasciarci prendere dalla tentazione di una sfiducia radicale nelle possibilità di accertamenti eziologici in questo settore), cfr. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, 190 ss. Sulla parziale impossibilità di un accertamento della causalità omissiva in senso stretto in forza di leggi solo statistiche, v. sempre *infra*, Cap. IV, nota 36.

<sup>4</sup> Di «leggi causali» non si può mai parlare, come è noto, come sinonimo di leggi statistiche, avendo esse un valore generale e potendo riguardare o meno successioni causali (quando la legge statistica viene costruita, non si cerca la rigorosa dimostrazione particolaristica, in ogni caso esaminato, della esclusione di altre concause esclusive, diversamente da quanto deve fare il giudice, per es.), mentre la causalità giuridica riguarda necessariamente eventi singoli: c.d. causalità particolaristica, o storica. Neppure le leggi universali (o quasi universali) sulla successione degli eventi sono sinonimo di leggi causali, potendo esse riguardare anche soltanto la dinamica o lo sviluppo di eventi: per es. la legge sulla velocità del pendolo o quella sullo sviluppo degli organi di una determinata specie (cfr. NAGEL, *The Structure of Science*, 1961, trad. it. *La struttura della scienza*, Feltrinelli, Milano, 1984, 81 ss.). In ogni caso, appare necessario che il diritto rimanga aderente a un proprio concetto di causa dialogante con l'epistemologia delle leggi naturali, ma orientato *iuxta propria principia*. Seguire la corrente delle mode epistemologiche, a tale riguardo, potrebbe comportare il rischio di passare, in vent'anni, da una concezione neopositivistica di causalità «nomologica» a una concezione neoclassica di causalità «a contatto».

lità dei numeri nei dadi o nella roulette) in una spiegazione causale, ma non forniscono mai, *da sole*, quella spiegazione, costituendo solo un elemento della spiegazione stessa<sup>5</sup>.

La stessa definizione della causalità come *condicio sine qua non* è un tipico problema d'imputazione giuridica<sup>6</sup>, così come la sua delimitazione o la sua parziale integrazione (per alcuni la sua sostituzione), per es., nel concorso di persone nel reato.

Ovviamente, sono profili di causalità giuridica, e dunque aspetti dell'imputazione oggettiva, i temi della causalità cumulativa e dell'interruzione dei decorsi causali salvifici<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Per una recente, ben motivata decisione sulla prova particolaristica, cfr. Cass., Sez. IV, 12 aprile 2006, n. 12894, Vescio.

<sup>6</sup> Non si può dimenticare, a tale riguardo, che la ricezione penalistica della *condicio sine qua non*, dopo la sua fondazione filosofica in STUART MILL, *A System of Logic ratiocinative and inductive ecc.*, 1843, trad. it. *Sistema di logica raziocinativa e induttiva ecc.*, Ubaldini, Roma, 1956, rist. 1968, 323 ss., avviene: 1) sul terreno dei reati omissivi impropri, al fine di equiparare l'omissione alla causazione, e pertanto a fini dell'imputazione di un evento (J. GLASER, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, Tendler, Wien, 1858, 293 ss., e in part. 298); 2) sul terreno della partecipazione al reato, per giustificare la distinzione tra autore e partecipe non già in termini oggettivi, in quanto qui si avrebbe una «equivalenza» condizionalistica dei contributi, ma sul terreno soggettivo (M. v. BURI, *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Gießen, 1860, 2 ss.). In entrambi i casi, dunque, un impiego della formula della *condicio* di tipo squisitamente valutativo.

<sup>7</sup> Sui decorsi causali ipotetici e la causalità addizionale ancora utile il rinvio ai classici studi di ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal*, 15 ss.; SPENDEL, *Die Kausalitätsformel der Bedingungslehre für die Handlungsdelikte*, stampato in proprio, Beck'sche Buch- und Kunstdruckerei, Herborn, 1948, 42 ss., 86 ss.; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, A. Metzner Verlag, Frankfurt a.M., 1972, 86 ss. (quanto alla responsabilità monosoggettiva); fra le opere generali più recenti, v. soprattutto PUPPE, in *Nomos Kommentar zum StGB*, Vor § 13/94-124. Nella nostra letteratura, M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, Art. 40/31-35; DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 435-445 e qui ampi richiami. Si noti, peraltro, che questa tematica è stata studiata inizialmente come se riguardasse la «causalità» in generale, senza distinguere fra condotte dolose o colpose, e fra causalità nei reati monosoggettivi e plurisoggettivi, dato che la causalità riguardava, tradizionalmente, l'elemento oggettivo, ritenuto identico e immutabile al variare di quello soggettivo e anche nella partecipazione al reato. Nel momento in cui, invece, si comincia a distinguere fra ciò che è veramente «oggettivo» in senso classico (= indipendente dal soggetto, esterno a ogni condizionamento psicologico, come tale comune a dolo e colpa) nell'elemento oggettivo, e ciò che, invece, rimane segnato da dolo e colpa (oggettivo come «materializzazione» del dolo o della colpa nel fatto, cioè l'azione dolosa e quella colposa nei loro tratti, materiali-esterni, specifici), l'aspetto dei decorsi causali ipotetici può conoscere una diversa

Tutto ciò premesso, resta vero che non è possibile dissolvere la causalità nell'imputazione, né l'imputazione oggettiva nella causalità. Esse rimangono un binomio, più che un'endiadi. Nella causalità prevalgono momenti logici e naturalistici, nell'imputazione prevalgono aspetti normativi. Dire di più, probabilmente, è già dire troppo.

Un problema aperto, che sempre di nuovo riemerge, è quello di ipotizzare *un'imputazione oggettiva dell'evento senza causalità*<sup>8</sup>. Diciamo

---

impostazione. In particolare, comunque, mi sembra che sia il profilo delle condizioni negative a meritare una trattazione autonoma, che interessa trasversalmente l'omissione, la colpa e anche il dolo. V. *infra* nel testo (Cap. IV, parr. 3-5), in tema di comportamento alternativo lecito. Altro aspetto, del tutto peculiare, è quello dei decorsi causali ipotetici nel concorso di persone. A tale riguardo, sia consentito anche il rinvio a DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, spec. 205 ss.

<sup>8</sup> Nella nostra letteratura sottolinea questo aspetto PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, 791 s.: i temi che possono venire in considerazione, ad es., sono quelli dell'omissione, dell'interruzione di decorsi causali di salvataggio (rappresentando ipotesi di causalità puramente ipotetica o logico-giuridica e non «reale» o naturalistica), e del contributo «agevolatore» nel concorso di persone, e più di recente il settore critico della causalità in campi eziologici multifattoriali: medicina, biologia, danno da prodotto ecc. La spinta a un utilizzo di parametri d'imputazione oggettiva sostitutivi della causalità *in generale*, mi pare sia stata più forte negli anni Sessanta (cfr. HARDWIG, *Die Zurechnung*, 90 ss., 111 ss., e KAHR, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die Condicio-sine-qua-non Formel im Strafrecht*, Cram-de Gruyter, Hamburg, 1968, 33 ss., e su tale opera quanto osservato in *Illecito*, 435 s. in nota), fino all'inizio degli anni Settanta, quando lo stesso ROXIN, *Gedanken zur Problematik*, 135 s., ipotizzava una *teoria generale dell'imputazione «completamente affrancata» dal dogma causale* («eine vom Kausaldogma völlig gelöste allgemeine Zurechnungslehre»). In seguito la si riscontra in relazione a singoli criteri o ambiti di disciplina, dove più forte appare la tendenza alla «flessibilizzazione» della causalità o alla «crisi» dei suoi paradigmi classici: per tutti, in chiave in parte critica, PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, 144 ss., 209 ss., 222 ss. V. pure STELLA, *Giustizia e modernità*<sup>3</sup>, 221 ss., 291 ss. In direzione opposta, e con molte aperture a una causalità «postmoderna» e flessibile in via generalizzata, DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, 278 ss., 298 ss. Un altro aspetto altamente controverso è costituito dalla *possibilità di un accertamento causale in assenza di vere «leggi» scientifiche*: mentre negli anni Settanta sembrava affermarsi l'idea di una preclusione all'accertamento causale in assenza di leggi scientifiche (cfr. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1975, 77 ss., 145 ss. e *passim*), è subito apparso chiaro che, almeno *in certi contesti*, che possiamo definire *non deterministici* (causalità psichica, spiegazione delle condotte umane), quel paradigma non reggeva, anche se non era per questo necessario abbandonare l'impiego di parametri eziologici (si consenta il rinvio a DONINI, *La partecipazione al reato*, 204 s., note 82-83 e 221 ss.). Successivamente, il dibattito internazionale ha portato varie Corti ad ammettere *anche in ambiti deterministici* la possibilità di un ac-

subito che nel suo impianto centrale la corrente che ha elaborato o sviluppato l'imputazione oggettiva presuppone e non abbandona la causalità, che resta il primo criterio, se non anche il presupposto, della stessa imputazione oggettiva. Tuttavia, proprio perché si tratta sempre di vagliare i confini tra l'evento costitutivo e le diverse dimensioni dell'evento-condizione di punibilità (o dell'evento «aggravante»), c'è spazio per declinazioni assai variegate.

Sul piano teorico, l'imputazione di un evento o di un fatto non esige necessariamente la causalità naturalistica (cfr. per es. le ipotesi di causalità logica, ipotetica, come nell'omissione e nell'interruzione dei decorsi causali di salvataggio), e soprattutto non esige sempre una *c.s.q.n.* (si pensi alla causalità cumulativa, dove la *c.s.q.n.* subisce quanto meno dei «correttivi»). Sono infatti configurabili parametri di ascrizione di un evento voluto, ovvero in qualche modo «condizionato» anche in modo colposo, attenuando o modificando i tradizionali criteri eziologici, preso atto che il paradigma condizionalistico richiede «correttivi» che ne allentano la struttura tradizionale: per es. nel concorso di persone è riconosciuto che si può avere condizionamento eziologico, senza che vi sia una piena *condicio sine qua non*. Queste premesse sono state ulteriormente allargate ad ipotesi che hanno visto talora una vera *sostituzione* di parametri causali con criteri diversi. Ciò è accaduto soprattutto nell'ambito delle teorie dell'aumento del rischio nei reati colposi-omissivi e, quanto al dolo, nel concorso di persone del reato (*infra*, Cap. IV, parr. 3-5). In entrambi i casi si tratta, *de lege lata*, di soluzioni o illegittime, o particolarmente controverse. Vedremo in quali limiti una qualche apertura al loro ingresso possa essere ipotizzata *de lege ferenda*.

---

certamento sicuro del nesso di causalità «individuale», pur in assenza del previo e collaudato possesso di una legge scientifica generale (per es. accertando che un certo processo produttivo «imprudente» ha determinato l'evento, in mancanza dell'esatta individuazione del singolo fattore eziologico, ritenuto individuabile entro un complesso di altri coefficienti che operano in una sorta di *black box*). Rinvio soprattutto, in senso critico, a HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Müller, Heidelberg, 1994, 31 ss. e *passim*; PUPPE, Vor § 13/83-93 in *Nomos Kommentar*, 348 ss., e a PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, 50 ss., 190 ss. Sicura è invece la competenza della giurisprudenza a scegliere le soluzioni scientifiche ritenute preferibili, in presenza di controversie tra più posizioni epistemologiche o peritali (ciò che costituisce, peraltro, un fenomeno del tutto quotidiano).

2. *Il rischio che precede la causa (ex ante). La piattaforma unitaria di rischio comune a dolo e colpa e lo sfruttamento doloso delle conoscenze superiori*

La causalità attiene all'elemento oggettivo. Il fatto che ci sia, oppure no, non deve dunque dipendere dalla circostanza che chi ha agito se ne sia reso conto, o se ne sia potuto rendere conto. Essa esiste anche senza il soggetto conoscente. Se questi la conosceva, o poteva conoscerla, ciò dovrebbe rilevare in termini di elemento soggettivo. Ma la causalità sarà accertata a prescindere dal fatto che chi la realizza la conosca. Per questo si dice tradizionalmente che il punto di vista della causalità (almeno nel suo nucleo costituito dalla *condicio sine qua non*) è quello *ex post*. Per questo si dice che la causalità si può accertare a posteriori, con giudizio valido nel processo penale, anche se le leggi scientifiche che sorreggono l'accertamento siano state scoperte *ex post facto*.

Il punto di vista *ex ante* proprio della stessa causalità adeguata, del resto, si aggiungeva a quello *ex post* della *condicio sine qua non*. Anche oggi, quando trattiamo del rischio consentito, sembrerebbe doversi dire la stessa cosa: che il rischio non può sostituire l'accertamento *ex post* della causalità. Verissimo. Però il rischio deve poter essere accertato o apprezzato, almeno di regola, al tempo della condotta, affinché i consociati si possano orientare, e siano in condizioni di agire quando hanno appurato che non sussistono rischi rilevanti o giuridicamente ascrivibili almeno a colpa.

Ci sono anche rischi sopravvenuti, che non sono dominabili o concretamente prevedibili *ex ante*, e la loro valutazione sarà di tipo normativo-giudiziale. Sono uno dei problemi delle c.d. concause sopravvenute, di cui tratteremo ancora più avanti. Restiamo invece per adesso al tema dei rischi verificabili *ex ante*.

Il rapporto fra punto di vista *ex ante* ed *ex post* è critico. Il primo è il punto di vista del destinatario dei precetti, il secondo è il punto di vista del giudice, ma la prospettiva del destinatario dei precetti, in forza del divieto di retroattività e del principio di colpevolezza, è quella decisiva.

Abbiamo detto che la condotta non è neanche antiprecettiva, non viola nessun precetto penale, se non supera il limite del rischio consentito.

Dunque, se *dal punto di vista del giudice*, prima di accertare colpa o dolo, si dovrà verificare il fatto materiale dell'evento e del suo essere stato cagionato da una condotta umana, ciò avviene *in funzione di garanzia*: per assicurare una base di accertamento storico solida e per impedire che gli elementi soggettivi vengano ricostruiti prima del fatto materiale, al punto di rischiare di soppiantare l'esistenza di quest'ultimo con forme di soggettivismo.

Viceversa, *dal punto di vista del cittadino e del destinatario dei precetti penali*, occorrerà che si possa sapere, *ex ante*, se ci si sta muovendo in un'area di rischio lecito o si sia entrati nel penalmente rilevante. Non si dovrà essere messi in condizione di apprenderlo solo a posteriori, dopo che si è cagionato un qualche risultato, perché ciò costringerebbe a subire *una pena retroattiva*, o una pena per un fatto non dominabile e non preventivabile, in quanto *ex ante* si pensava legittimamente di muoversi in un'area di liceità.

Questo discorso vale perché è richiesta almeno la colpa e perché lo stesso dolo, come si è detto, suppone che si sia superato almeno un rischio colposo. Nella cultura della responsabilità oggettiva, tutta questa impostazione non avrebbe avuto senso, dato che si rispondeva delle conseguenze imprevedibili, e anche se si fosse agito (od omesso) nella piena impossibilità di conoscere *ex ante* l'illiceità penale del fatto.

È vero, inoltre, che il rischio deve precedere la causa: un fattore che a posteriori si dimostra aver cagionato, prima di essere stato efficiente era un fattore di rischio, una causa in potenza. Ogni condizione è un fattore di rischio. Ciò è sempre stato, anche nel clima della responsabilità oggettiva, benché questo dato allora non fosse rilevante in quanto bastava avere incolpevolmente cagionato. Quello che non rilevava nella cultura della responsabilità oggettiva era l'esigenza della rappresentabilità del rischio poi realizzatosi. D'altro canto, anche la responsabilità colpevole ammette che vi siano spazi di «valutazione puramente giudiziale», o normativa, dei risultati che risultino congruenti con i rischi apprezzabili *ex ante*.

Il rischio, però, è tale perché socialmente apprezzabile, controllabile o neutralizzabile *ex ante*, salvi i casi menzionati (e sui quali ritorneremo) nei quali a priori detto rischio, pur esistente, non si possa scoprire e risulti la sua esistenza solo *ex post*, a cose fatte, oppure sopravvenga veramente più tardi.

Orbene, quando si risponde almeno per colpa, non ha senso imputare la realizzazione di eventi imprevedibili e non addebitabili almeno a colpa. Sorge allora una domanda: e se il rischio non lo conosce nessuno, tranne una sola persona, come si fa a dire che non rileva sul piano oggettivo? Dovrà dirsi che è oggettivamente rilevante, e nel caso di specie addebitabile a colpa solo a un soggetto. Se così non fosse, e si dicesse che il rischio era così «eccezionale» da far escludere la sua rilevanza oggettiva, verrebbe meno l'elemento oggettivo, e non si potrebbe più accertare in seguito quello soggettivo, o meglio non si potrebbe recuperare dal lato soggettivo un elemento oggettivo che abbiamo detto non sussistere.

Eppure ci troveremmo di fronte a una sola persona che, magari, ha sfruttato dolosamente la sua conoscenza particolarissima: per es. come *conoscenza di fatto*, dello stato dei luoghi, o delle condizioni della vittima; oppure come *conoscenza nomologica*, perché è un ricercatore



che ha scoperto una nuova legge scientifica capace di spiegare la natura lesiva di certi processi. I rischi difficilissimi da scoprire, quelli rari, magari eccezionali, dovrebbero dunque rilevare sul piano oggettivo, salvo decidere in seguito se c'era colpa o se c'era dolo.

Siamo qui di fronte a un problema classico legato alle *conoscenze superiori*. Riprendendo antiche discussioni sorte al tempo della causalità adeguata, alcuni autori di orientamento finalista in Germania<sup>9</sup>, e altri legati alla (connessa) costruzione separata delle fattispecie in Italia<sup>10</sup>, si sono cimentati con questo tema per affermare l'inesistenza di una piattaforma di rischio basica, di un denominatore comune per i casi di dolo e di colpa.

Dato che alcuni rischi si imputano (a colpa o a dolo) a seconda che il soggetto li conosca (o li possa conoscere), la loro rilevanza non è «oggettiva», si dice, e dunque non esisterebbe un rischio consentito di tipo oggettivo. Si tratterebbe, secondo l'impostazione qui commentata, di una rilevanza soggettiva, da valutarsi in sede di dolo e colpa. Il vero livello oggettivo sarebbe magari quello della causalità (o del pericolo che si valuta a base di giudizio totale), ma non quello del rischio.

Per questa ragione il rischio consentito andrebbe studiato «dentro» alla colpa e insieme a essa, non anteposto a dolo e colpa come qualcosa di oggettivo, appunto. Poiché anche il rischio più consentito per la generalità dei consociati può innestarsi su una situazione concreta dove alcune conoscenze superiori o particolari di una sola persona fanno percepire la pericolosità di un atto altrimenti inoffensivo (per es. la somministrazione di una sostanza conoscendo o meno l'allergia del consumatore), il rischio consentito non esisterebbe come piattaforma «oggettiva», dipendendo esso anche dalle conoscenze del soggetto: se non conosce il rischio, sarà in errore e magari non sarà neppure in colpa (errore non colposo), altrimenti se lo conosce può essere anche in dolo.

Il dolo, dunque, renderebbe illeciti comportamenti privi di colpa in chi non abbia la conoscenza superiore dei fattori di rischio. Anzi. Secondo questa lettura la conoscenza o meno del rischio sarebbe ciò che lo rende illecito e tale qualifica dipenderebbe quindi da un elemento

---

<sup>9</sup> In particolare, STRUENSEE, *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit* (GA, 1987, 97 ss.) ora in ID., *Grundlagenprobleme des Strafrechts*, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin, 2005, 37 ss.; ID., *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts* (JZ, 1987, 21 ss., 53 ss.), poi in ID., *Grundlagenprobleme*, 1 ss., 25 ss. Ma v. anche ARM. KAUFMANN, «Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?, in *Fest. Jescheck*, Bd. I, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, 251 ss., 265 s. e l'ampia trattazione, nella dottrina spagnola, di RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva*, 155 ss.

<sup>10</sup> CANESTRARI, *Dolo eventuale*, 90 ss., 113 ss., 179 ss., 190 s.

squisitamente soggettivo: chi consegna un pacco contenente una bomba esplosiva è un omicida se ne conosce il contenuto, ma non integra neppure un fatto colposo se non lo sa e non è tenuto a saperlo. Le due condotte materiali identiche «di consegna» sarebbero una illecita e l'altra lecita dall'origine solo in ragione di aspetti «soggettivi»: con il che sarebbe dimostrata l'impossibilità di definire sul piano meramente oggettivo il c.d. rischio consentito e l'imputazione a quel livello generale e anticipato.

Non solo. Ci sarebbero fattori di rischio che una persona non è tenuta a memorizzare (per es. un sanitario non ha l'obbligo deontologico di «attivare» conoscenze private sulle allergie di un futuro paziente apprese al di fuori di un rapporto professionale), ma se poi si trova ad agire professionalmente e si ricorda per caso di quei fattori, la circostanza che li sfrutti dolosamente vale a fondare la responsabilità per dolo, mentre la responsabilità per colpa non ci sarebbe mai per quella persona, se non avesse memorizzato i dati (per es. l'allergia a un farmaco da parte di un conoscente).

Tutte queste obiezioni, da sempre suggestive, presentano una sicura rilevanza teorica (pratica assai meno), anche se non valgono a confutare l'idea di una piattaforma di rischio comune a dolo e colpa.

La premessa corretta per impostare e risolvere il problema è che *le conoscenze superiori riguardano la «riconoscibilità» del rischio, non la sua esistenza*. Ogni volta che si discute di esse, è perché si ammette che un rischio socialmente rilevante c'è davvero, e anzi c'è stato il superamento di un rischio consentito: se non lo si fosse superato saremmo nell'ambito di un rischio lecito, ovvero di un reato putativo, impossibile, ecc.

Il dolo di chi conosce il rischio (per es. la grave allergia della vittima, alla quale procura uno shock anafilattico) non produce un rischio prima inesistente, o esistente perché lo conosce solo lui. Se il rischio c'è, si potrà poi conoscerlo o meno, doverlo percepire o meno, ma esso deve (pre)esistere oggettivamente<sup>11</sup>.

L'ordinamento, come sappiamo, può accettare che si corrano impunemente certi rischi reali, o invece vietarne altri in condizioni di incertezza circa la loro misurabilità e, secondo alcuni, persino d'incertezza circa la loro stessa sussistenza. Quando si parla di conoscenze superiori, però, ci si richiama sempre a conoscenze di rischi effettivi, e

---

<sup>11</sup> Tralasciamo il caso del rischio *creato* appositamente dalla condotta dolosa, per il quale vale *a fortiori* quanto stiamo osservando. Sul tema delle conoscenze superiori si cfr. altresì il recente studio di GRECO, *Das Subjektive an der objektiven Zurechnung*, 519 ss., 545 ss., che contiene una puntuale critica delle obiezioni di matrice «finalistica» alle presunte commistioni del soggettivo nell'oggettivo e difendono la preminenza del soggettivo sull'oggettivo.

non putativi. E se preesiste un rischio che rileva in capo a chi lo conosce eccezionalmente, sfruttando dolosamente le sue conoscenze superiori, tali conoscenze potrebbero, alle debite condizioni, rilevare anche a titolo di colpa. Dipende. Non è detto che rileverebbero *per lui* se non fosse già in dolo; basta che possano rilevare *per qualcuno*<sup>12</sup>. E non c'è dubbio che delle conoscenze superiori, nelle attività sociali, si debba comunque tenere conto: si potrà discutere a quali condizioni vadano memorizzate, imputate, ecc., ma non si potranno escludere *a priori*. Esse non rilevano dunque in quanto tali, ma rilevano normalmente<sup>13</sup>.

Prendiamo il caso dell'aneurisma.

Se Tizio vuole cagionare la morte di Caio con una semplice spinta perché sa che Caio ha un grave aneurisma, l'atto potrebbe non sembra-

---

<sup>12</sup> Cfr. DONINI, *Il volto attuale*, 211 s. in nota; Id., *Teoria del reato* (1996), cit., 268; nella letteratura tedesca, sul punto specifico, JAKOBS, *Strafrecht*, AT<sup>2</sup>, § 7/50, *sub* δ. Sul tema più in generale, oltre a Jakobs e a LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 257 ss., v. anche MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, 237 ss.; DONINI, *Illecito*, 408 ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, 431 ss.; GRECO, *Op.ult.cit.*, via via con essenziali richiami.

<sup>13</sup> Solo con questa precisazione fondamentale si può pensare di tener conto dell'affermazione radicale di JAKOBS, *La imputación objetiva*, 136 ss.; Id., *Strafrecht*, AT<sup>2</sup>, 7/49 s., che ritiene di escludere *sempre* la rilevanza (*come tali*, appunto) delle conoscenze superiori, in quanto il vero punto di riferimento per l'individuazione del rischio consentito sarebbe sempre la pretesa normativa rispetto al ruolo e al contesto nei quali si agisce, non il dato naturalistico della conoscenza che il soggetto ha. Il rischio, come detto, non esiste perché conosciuto, e può accadere che il soggetto che conosce un fattore di rischio non sia tenuto a memorizzarlo o eventualmente neppure ad attivarsi per neutralizzarlo (v. l'esempio della vendita regolare dell'arma all'omicida, prospettato al Cap. II, par. 2, *ante*). La sua rilevanza sociale dipende però dalla sua riconoscibilità, che ovviamente c'è sempre quando qualcuno addirittura lo conosca. È però francamente impensabile che chi utilizza intenzionalmente e dunque dolosamente quella conoscenza contro un bene giuridico protetto, senza limitarsi a svolgere un'attività lecita che affida a terzi auto-responsabili un veicolo di possibili rischi da quelli attivati, ma opera invece immediatamente la produzione della lesione sulla vittima, rimanga nell'area del rischio lecito ... Nell'esempio scolastico, prospettato da Jakobs (*Strafrecht*, AT<sup>2</sup>, *loc.ult.cit.*), del nipote che serve allo zio funghi conservati e che si avvede essere velenosi solo in virtù delle sue personali ricerche biologiche sui funghi, sarebbe inaccettabile escludere il dolo, ma prima ancora la rilevanza sociale molto pregnante del rischio «accompagnato» direttamente verso l'esito letale dalla sua azione immediata di consegna, anche se non è un rischio originariamente creato dalla sua condotta e anche se nessuno è «tenuto» a verificare la commestibilità dei funghi conservati. Devo comunque confessare che questo esempio (Jakobs vorrebbe fare rispondere il nipote solo del reato di omissione di soccorso: *Strafrecht*, AT<sup>2</sup>, 7/50, *sub* δ) fa il pari con quello del temporale nel bosco, dove il comportamento del nipote avido verso lo zio ricco mi sembra anzi più realistico.

re oggettivamente idoneo secondo un generico *id quod plerumque accidit* di un osservatore medio o «esperto» in atti di percosse, ma la condotta resta un atto idoneo, perché a quel fine si tiene conto di fattori di rischio esistenti, che rendono pericolosi gli atti, e di cui (per il dolo richiesto) l'agente sia a conoscenza, i quali vengono 'ascritti' al miglior agente modello anche agli effetti del delitto tentato (art. 56 c.p.). Se invece il medesimo atto lo compisse un *soggetto ignaro*, sicuramente non avrebbe il dolo, ma la sua condotta *non diventerebbe* solo per questo un comportamento privo di rischi, *un reato impossibile*: per l'azione inidonea ai sensi del reato impossibile (art. 49 cpv.), d'altro canto, è richiesta un'assoluta impossibilità (da escludersi chiaramente nella fattispecie), mentre all'idoneità degli atti tentati si può richiedere qualcosa di più (peraltro presente anche nella fattispecie): le due idoneità (artt. 56 e 49 c.p.), dunque, si differenziano nel grado di rilevanza<sup>14</sup>.

*Vale però anche l'ipotesi colposa*. Se Tizio non avesse conoscenze superiori e la sua spinta fosse accidentale, ma negligente, l'evento cagionato resterebbe ascrivibile sul piano oggettivo-causale perché il rischio, insufficiente per un'imputazione di dolo a chi non lo avesse conosciuto (nessuno vuole uccidere con una «normale» spinta, al massimo risponderà di preterintenzione), è comunque esistente e potrebbe bastare per l'imputazione della colpa a qualcuno che dovesse o avesse dovuto e potuto conoscere quella debolezza fisica. Resterebbe quindi solo da discutere della colpa come «elemento soggettivo» del fatto, non della causazione. Il rischio causale resta rilevante nella condotta tenuta.

Ed è sul terreno colposo che il soggetto incolpevolmente ignaro potrà essere assolto. Questa causa d'assoluzione, peraltro, non riguarda la colpa come fatto solo soggettivo (psicologico e interno): qui *manca in ipotesi già la condotta colposa in relazione al rischio realizzatosi* (una qualche colpa *ex ante*, come elemento soggettivo, c'è nella spinta, non invece il «rapporto di rischio» tra colpa e risultato), *e quindi manca il fatto tipico, nonostante la causazione materiale*<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> La distinzione fra idoneità degli atti *ex art. 56 c.p.* e idoneità dell'azione *ex art. 49 cpv. c.p.*, sotto il profilo del grado di pericolosità rilevante, è ben colta (al di là del caso deciso, sul principio attivo negli stupefacenti, che non ritengo affatto deciso bene perché confonde il bene giuridico oggetto di tutela con lo scopo della tutela, inventando e scambiando nuovi e molteplici beni-scopo con il bene-oggetto dell'incriminazione), da Cass., Sez. Un., 24 giugno 1998, Kremi, in *Foro it.*, 1998, II, 758 ss., spec. 769 s.

<sup>15</sup> Condotta, pertanto, non equivale a causazione. Peraltro, sotto la condotta colposa (quando c'è) rimane ugualmente un nucleo oggettivo di causazione «neutra» e impermeabile a ogni coefficiente soggettivo. Un problema a sé è quello del coordinamento di tale situazione di diritto penale sostanziale con il codice penale del 1930, pensato insieme al codice di procedura del 1930 in vista di un parallelismo tra le formule di proscioglimento (ben poco variate, sul punto, dopo il codice di rito del 1988) e la rilevanza extrapenale del giudicato.

Concludendo. Le conoscenze superiori valgono in linea di principio sia in caso di dolo che di colpa. La *base comune* di rischio ne terrà dunque conto in entrambi i casi, e terrà conto di esse a livello oggettivo, non perché siano elementi di conoscenza del soggetto, o qualcosa di soggettivo, ma esattamente perché riflettono un elemento di rischio realmente esistente (art. 41, primo e secondo comma, c.p.). Una soluzione diversa s'impone, come si vedrà, per i dati del tutto *non dominabili ex ante da nessuno* (per es. fattori causali scoperti scientificamente dopo il fatto). È vero che qui si potrà sempre escludere l'imputazione soggettiva, operando sia a livello di colpa, che eventualmente di dolo. Tuttavia, vedremo che se si trattasse di elementi assolutamente imponderabili *ex ante*, sarebbe logico escludere la rilevanza del rischio già prima e a prescindere da un'indagine soggettiva. Sembrerà una «raffinatezza», ma è più rigoroso e coerente a un sistema costruito sul principio di colpevolezza escludere già la condotta tipica rispetto a rischi non dominabili: escludere la condotta tipica (e non la colpa o il dolo in senso stretto o psicologico) nella sua pregiudiziale rilevanza sia per il dolo che per la colpa.

Il discorso condotto dovrà, tra breve, essere collaudato alla luce della *disciplina vigente nel nostro ordinamento: l'art. 41 c.p.* Quando si parla di «*conoscenze superiori*» non ci si riferisce mai a condizioni o cause «*sopravvenute*», ma solo a condizioni (e fattori di rischio) *preesistenti o simultanee(i)*. Le condizioni sopravvenute, infatti, non si possono «conoscere»: non esistono «conoscenze superiori» di fatti sopravvenuti che non siano lo sviluppo prevedibile di condizioni preesistenti o simultanee. Pertanto, se si tratta di veri fattori sopravvenuti, essi non riguardano «conoscenze» superiori (salvo ipotizzare poteri paranormali di chiaroveggenza, premonizione, ecc.).

Vedremo che dal discorso qui anticipato risulterà confermato un contenuto di *razionalità del vigente art. 41, primo e secondo comma, c.p.*: esso limita l'esclusione della causalità (*rectius*: dell'imputazione causale e quindi dell'imputazione oggettiva) alle *cause sopravvenute*, perché *gli unici fattori capaci di «interrompere» la causalità (rectius:*

---

L'assenza di una condotta colposa dovrebbe fare prosciogliere perché il «fatto» non sussiste (mancando una componente del 'fatto'). Sennonché, il fatto puramente *materiale* sussiste. È il fatto *colposo* a mancare. Se si proscioglie dicendo «il fatto non costituisce reato» (proprio dell'assenza dell'elemento soggettivo in generale) si è più aderenti alla sistematica classica. Però, come è noto, il giudice civile o amministrativo deve comunque guardare «sotto la formula» la ragione del proscioglimento pronunciato nel giudizio penale. In prospettiva di riforma, secondo l'ipotesi da presso formulata (par. seguente), verrebbe meno qui non la causalità, ma l'imputazione causale, o il nesso di rischio tra colpa ed evento, e quindi comunque un momento dell'imputazione oggettiva in senso lato.

escludere l'imputazione oggettivo-causale) sono quelli sopravvenuti, e in ogni caso (possiamo precisare) i fattori che rimangono estranei a una possibile imputazione dolosa o colposa.

C'è però un'eccezione (conforme peraltro alle 'regole' generali del principio di colpevolezza, che sorregge e illumina l'imputazione oggettiva e il nesso di rischio): i fattori non conoscibili da nessuno *ex ante* (come le leggi scientifiche scoperte solo a posteriori, o gli elementi di fatto davvero non percepibili da nessuno) non potranno sorreggere nessuna imputazione oggettiva, anche se di fatto operanti o esistenti al tempo dell'azione: essi possono rientrare, *ex post*, in una spiegazione meramente causale, ma non essendo possibile costruire su di essi né una colpa, né un dolo «sensati» *ex ante*, viene meno la base, il presupposto obiettivo dell'imputazione soggettiva, che si fonda sul principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa* quale pre-condizione della responsabilità penale<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> La costruzione generale di un sistema penale ancorato a tale principio è la premessa sulla quale ho ritenuto di fondare le categorie principali del reato in *Illecito e colpevolezza, Prefazione e passim*, e la ricostruzione delle teorie dell'imputazione oggettiva in DONINI, *Lettura sistematica*, parte I e parte II, cit. La situazione qui ipotizzata nel testo è diversa da quella – verificata per es. nei processi per lesioni e omicidio colposi «da amianto» – dove esiste *ex ante* una regola cautelare a tutela dell'integrità fisica (per es. tutela contro l'asbestosi), dalla cui violazione risulti, anni più tardi, che sono derivate malattie non preventivabili al tempo della costruzione (e della violazione) della cautela, perché accertabili solo sulla base di leggi scientifiche scoperte in seguito (è il caso del mesotelioma pleurico): si possono «imputare» eventi causalmente accertabili sulla base di leggi inesistenti al tempo della violazione di una cautela la cui *ratio* era pur sempre di prevenire rischi (altri rischi) alla salute? Ecco, in casi come questo se si dovesse ritenere che la *ratio* cautelare non fosse legata solo alla prevenzione di decorsi causali e di malattie noti, si sarebbe introdotto retroattivamente il *principio di precauzione*, che implica la rilevanza oggettivo-causale e di imputazione anche di decorsi e fattori inconoscibili al tempo del fatto. Come argomentato in altra occasione, un tipo di incriminazioni costruito su tali basi può essere valorizzato sotto il profilo dell'inosservanza di provvedimenti o regolamenti (reati di mera condotta), ma non come violazione autonoma di cautele con base scientifica in relazione alla prevenzione di determinati tipi di eventi: è una situazione di non conoscenza che non offre la base cognitiva sufficiente per una generale imputazione oggettiva di eventi futuri (DONINI, *Il volto attuale*, 121 s.; contro l'imputazione di quel tipo di eventi muovendo dalle originarie regole cautelari in tema di polveri pericolose, v. anche PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1483 ss.). Vero è, tuttavia, che nell'istante in cui si sono scoperte nuove patologie da amianto, le vecchie cautele hanno sicuramente recepito nella propria *ratio* di tutela i nuovi tipi di eventi.

*Esempio.*

Se nessuno sa che una certa sostanza è dannosa, e lo si dimostra scientificamente a distanza di dieci anni dal fatto, chi la impiega non può «volere» le lesioni pur cagionate (un'eziologia che si accerterà in seguito), né può produrle per colpa, salvo che sussistano regole cautelari diverse, la cui genericità ricomprenda il divieto (dovuto ad altre preoccupazioni o valutazioni di rischio) di impiego anche di quella sostanza. Appurata più tardi la causazione, nondimeno l'evento è stato prodotto attraverso un rischio obiettivamente irrilevante *ex ante*, come tale incapace di sorreggere sia il dolo che la colpa. Prima che l'elemento soggettivo, ne viene meno una pre-condizione di carattere obiettivo.

Detta rilevanza oggettiva dei rischi fondati su condizioni preesistenti si applicherà dunque ai reati con evento di lesione e a quelli con evento di pericolo la cui *ratio* risponda a una selezione con base totale *ex ante* (per es. l'incendio di cosa propria *ex art.* 423, secondo comma, c.p.)<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Il discorso è in parte diverso – e lo accenniamo qui per completezza – rispetto ai reati senza evento o rispetto a quelli a condotta pericolosa. Si tratta, al riguardo, di ipotesi incentrate più sul disvalore d'azione, come i reati a condotta pericolosa astratta o astratto-concreta, o il tentativo, dove a maggior ragione possono risultare irrilevanti alcuni fattori che fondano il pericolo (e anche quelli che lo escludono). Nei reati di pericolo astratto-concreto si prescinde già *ab origine* dalla «fatica» di verificare certi rischi, perché la base dell'accertamento è selezionata e ritagliata solo su alcuni dati: poco importa che la sostanza stupefacente ceduta non sia destinata a un uso concretamente pericoloso per la salute da parte dell'acquirente (che magari la utilizzerà per scopi ludico-dimostrativi), dato che la legge presume quella pericolosità in casi di uso non terapeutico e non autorizzato; poco importa che l'adulterazione del latte con sostanza potenzialmente nociva possa attingere veramente certi soggetti debilitati, perché la norma si accontenta della potenzialità (realistica) insita in certi dosaggi (altrettanto realisticamente assumibili da *qualcuno*), senza esigere l'identificazione di possibili consumatori con le caratteristiche richieste per la realizzazione del pericolo (art. 440, 442 c.p.). Allo stesso modo, l'assenza di tali potenziali vittime nella cerchia dei consumatori del latte distribuito non eliminerà il pericolo *ex ante*, costruito su una base parziale di giudizio, perché si tiene conto sempre dei fattori di rischio oggettivamente rilevanti in quanto percepibili *ex ante*, non di quelli percepiti o accertati *ex post*. Rispetto a tali ipotesi, che costituiscono la regola dei reati di pericolo, trova applicazione una base parziale del giudizio di pericolosità. Per la sua compiuta ricostruzione, nella nostra letteratura, v. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990, 224 ss., 277 ss. e *passim*. Rimane quindi solo parzialmente confermata dal vigente sistema normativo in relazione ai reati di evento (evento lesivo, oppure evento di pericolo) una posizione come quella di H. SCHRÖDER, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, in *ZStW*, 81, 1969, 7 ss., 8-14, in Germania, ripresa da noi, per es., da ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*<sup>2</sup>, Giuffrè, Milano, 1994, 69 ss., 176 ss. e *passim*, che segue una nozione del tutto ogget-

Le *conseguenze*, rispetto alle tesi sopra richiamate, che invocano questi profili «di conoscenze superiori» o di «diversa base» di valutazione del rischio penale, per negare un *denominatore comune di rischio oggettivo* comune a dolo e colpa, sono *rilevanti*: infatti, le conoscenze superiori non possono essere invocate per confutare l'esistenza di una piattaforma di rischio comune, e proprio la disciplina dell'art. 41 c.p., che ancora meglio commenteremo, conferma questa piattaforma. Di esse, a livello oggettivo, non si tiene conto come «conoscenze», ma come dati effettivi di rischio, anche se di fatto conosciuti o conoscibili da parte di una sola persona<sup>18</sup>. E se se ne tiene conto a livello oggettivo, fanno parte di quella base comune e unitaria qui ricostruita. Detta base, peraltro, non è costituita solo dai fattori che «fondano» la possibile rilevanza penale di una condotta, ma altresì dai criteri che «escludono» certi rischi come irrilevanti, siano o meno conosciuti (v. *ante*, il Cap. II, parr. 4-5 sul rischio consentito).

### 3. Segue. *Il problema delle concause sopravvenute (rischi ex post) e la riforma dell'art. 41 cpv. c.p.*

Abbiamo ora trattato dei rischi rilevanti *ex ante*. Le questioni relative alle *concause sopravvenute*, oggi disciplinate dall'art. 41 cpv. c.p.,

---

tiva del pericolo (base totale *ex ante*) coerente con la teoria della *c.s.q.n.* Tale posizione è «parzialmente confermata» perché può applicarsi solo in relazione ai reati di evento e a una parte dei reati con evento di pericolo. Questa nozione oggettivistica del pericolo, dunque, conosce una ulteriore *selezione normativa*: a) *ex ante*, in rapporto ai fattori che comunque l'ordinamento non imputa all'autore (per es. rischio consentito); b) escludendo la rilevanza, per l'imputazione oggettiva, dei fattori di rischio esistenti sì *ex ante*, ma che *nessuno* poteva percepire; c) differenziando la rilevanza dei rischi non percepiti dal singolo o non percepibili da lui e dal suo modello di agente, a livello di elemento soggettivo; d) selezionando ulteriormente tali rischi *ex post*: e ciò, nei reati di evento, in forza dei criteri di imputazione oggettiva-nesso di rischio; e nei reati di mera condotta o a condotta pericolosa, sulla base di parametri sociali di valutazione che possono di volta in volta (a seconda delle incriminazioni) escludere l'imputazione del fatto in presenza di fattori oggettivamente esistenti, tali da neutralizzare un rischio obiettivamente e socialmente percepibile come sussistente *ex ante*.

<sup>18</sup> In questo senso ritengo di precisare o correggere precedenti interventi (qui cit. *retro*, nota 15) dove ho sostenuto che delle conoscenze superiori si deve sempre tenere conto: è una tradizione classica, dai tempi della causalità adeguata, che lo afferma, e lo ripete anche per il concetto di pericolo, di idoneità degli atti nel tentativo. Più precisamente, peraltro, a rilevare sono gli elementi di rischio *reali*, purché conoscibili da qualcuno, e dunque anche se conosciuti solo da un singolo agente.



sono tutte anch'esse d'imputazione oggettiva, poiché riguardano specificamente *i rischi obiettivamente ascrivibili al soggetto agente, e quelli ascrivibili, invece, a terzi, alla vittima, o al caso*. Esse riguardano, però, più specificamente, la *competenza per i rischi realizzatisi o intervenuti ex post*.

La «logica» della disciplina delle concause *sopravvenute* è la seguente: le condizioni sopravvenute possono escludere l'imputazione causale se sono imprevedibili e/o presentano alcune altre caratteristiche «assorbenti» il giudizio di responsabilità, normativamente valutate. La loro selezione – essendo comunque imprevedibili *ex ante*, o al limite solo astrattamente prevedibili (come lo sono, salvo future diverse misurazioni tecniche, i terremoti, le cadute dei fulmini o sicuramente le colpe dei sanitari, gli atti di autolesionismo delle vittime ecc.) – è rigorosamente oggettiva. Le situazioni che rendono concretamente più prevedibili tali eventi dipenderanno da condizioni preesistenti.

Le «concause» *concomitanti e preesistenti*, invece (art. 41, primo e terzo comma, c.p.), non sono di regola imprevedibili in senso assoluto, ma eventualmente solo per alcuni soggetti e per altri no, e per quelli che possono conoscerle presentano un livello di 'concretezza' estremo. Certo. Se sono condizioni di rischio consentite, escluderanno l'imputazione anche se conosciute: è un caso normale di rischio consentito indipendente da conoscenze particolari (*ante*, Cap. II, parr. 4-5). Se però esiste un problema di conoscenze particolari (fattuali o nomologiche), la loro selezione dovrà avvenire a livello soggettivo, perché a livello oggettivo se ne deve (potere) tenere sempre conto.

*Esempio del pacco-bomba.*

Non si può escludere l'omicidio quando per Tizio, semplice trasportatore, la condotta era lecita (ignoranza incolpevole del fattore di rischio del pacco-bomba), mentre per Caio non lo era (avendo egli introdotto il fattore causale mortale), altrimenti del fatto non dovrebbe rispondere neppure l'unico e vero autore. In questi casi a un rischio illecito in senso oggettivo si accompagnano due condotte: una lecita (di Tizio) e una illecita (di Caio), e la soluzione va trovata a livello soggettivo. La *liceità della condotta* dipende dunque da aspetti soggettivi, non però *l'illiceità del rischio*, che fonda comunque il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, impedibile *ex artt. 52-54 c.p.*

La posizione prevalente in letteratura e nella prassi, conformemente alla lettera e alla *ratio* dell'art. 41 cpv. c.p., ammette che c'è un livello di selezione normativa delle concause, capaci di «interrompere» il nesso causale, *rectius*: l'imputazione di un evento pur cagionato sul piano strettamente condizionalistico, dovendo trattarsi per l'appunto di un «concorso di cause», come attesta la rubrica dell'art. 41 c.p.

Questo livello è «oggettivo» anche nel senso della sistematica classica, perché uguale per i reati dolosi e colposi: certi rischi sono di com-

petenza di terzi, della vittima o del caso, non dell'autore di un fatto di base pur doloso o colposo<sup>19</sup>.

Tuttavia, poiché la tradizionale teoria della causalità umana di Antolisei<sup>20</sup>, pur recepita nella prassi, appare una base capace di far riconoscere quasi sempre la causalità, anziché favorire una vera valorizzazione della responsabilità per fatto proprio escludendo fattori di cui il soggetto agente non ha competenza, è dovere del legislatore supportare questa opzione politica, conformemente al principio costituzionale.

La teoria della causalità umana, inoltre, applicata all'art. 41 cpv. c.p., «costringe» a motivare l'esclusione della causalità-imputazione per apparenti ragioni di «eccezionalità» delle concause, quando invece la frequenza statistica del loro accadere è del tutto irrilevante o tutt'altro che eccezionale<sup>21</sup>.

Per esempio, l'incendio dell'ospedale è sì «concausa» della morte rispetto al reato di lesioni che ha determinato il ricovero della vittima. Lo stesso dicasi della grave colpa del sanitario. In entrambi i casi, peraltro,

<sup>19</sup> Va comunque segnalato che la *giurisprudenza* esclude talora la «causalità» ex art. 41 cpv., ma con tale rinvio si riferisce varie volte o alla *causalità della colpa*, o alla *assenza di colpa*, e non già alla *causalità della condotta*, o all'*imputazione del rischio realizzatosi*, alle quali parrebbe invece doversi limitare l'art. 41 cpv. c.p. L'orientamento giurisprudenziale emerge, *ex plurimis* (pur essendo in tutto poche, sette a tutt'oggi, le sentenze di Cassazione che applicano positivamente l'art. 41 cpv.), da alcune decisioni riportate da BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, 146 ss. (per es. ipotesi di comportamenti gravemente colposi e volontari della vittima che supera ogni cautela segnalata in luoghi pericolosi, cantieri, fondi altrui e si introduce in situazioni di rischio fuori dal controllo del titolare-garante dei luoghi: casi nei quali proprio non c'è colpa «a monte»). Questi orientamenti, che pure si affiancano ad altri che riguardano veramente le cause sopravvenute c.d. «eccezionali» le quali si innestano su una *condicio* posta dal primo agente, offrono il destro a quella dottrina che ritiene di fare a meno del 41 cpv. e di risolvere tutto «dentro» alla colpa o al dolo: certo, se si trattasse solo di quesiti riguardanti la colpa o la causalità della colpa (ma non quella della condotta), tale obiezione avrebbe una sua ragion d'essere.

<sup>20</sup> ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, 199 ss.; *Id.*, *Manuale di diritto penale*, PG<sup>16</sup>, a cura di L. CONTI, Giuffrè, Milano, 2003, 245 ss. (e in tutte le precedenti edizioni del manuale). Oltre a quanto diffusamente osservato in *Illecito e colpevolezza*, 291 ss. e *amplius* 291-421, anche per altri richiami italiani e comparati, cfr. pure, per una recente e puntuale analisi della dottrina e della giurisprudenza sul tema delle concause, BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, 79-154.

<sup>21</sup> Sull'insufficienza culturale delle teorie della adeguatezza prima e di quella della causalità umana poi, nel loro richiamarsi a parametri statistici che spesso non appaiono decisivi nel risolvere la ragion giuridica della non imputazione dell'evento mi ero soffermato in DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 297 s. V. ora adeguatamente, e con altri sviluppi, BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, 90 ss.

non sono «statistiche» le ragioni del venire meno dell'imputazione dell'evento. Si tratta, nel primo caso (incendio), di un rischio ubiquitario, o della vita quotidiana, che può verificarsi dovunque e la mera presenza nell'ospedale a seguito delle lesioni ha un significato «occasionale». Nel secondo caso, invece, c'è il fatto di un terzo competente per il tipo di rischi alla salute, e la colpa sopravvenuta è di gravità tale che la prima condotta risulta avere attivato un rischio «sproporzionato» rispetto a quello verificatosi nell'evento che le si dovrebbe ascrivere.

È in quest'ottica che mi sono permesso di formulare una nuova versione dell'art. 41 cpv. c.p., presentandola, a suo tempo, alla Commissione Grosso<sup>22</sup>, che peraltro non ne ha tenuto conto. La ripropongo qui, quasi inalterata:

*«Non è punibile chi ha commesso il fatto per l'intervento assorbente di cause sopravvenute che dipendano da fattori eccezionali, da sfere giuridiche di competenza esclusiva di terzi, della persona offesa, o da rischi ubiquitari».*

*«È assorbente l'intervento delle concause di cui al comma precedente, quando esso riduce la causalità della condotta al significato di mera occasione, o determina un effetto manifestamente sproporzionato all'idoneità lesiva della condotta vietata».*

*«L'imputazione dell'evento non è esclusa quando le concause sopravvenute costituiscono l'approfondimento dello specifico rischio illecito della condotta vietata».*

Come già chiarito a suo tempo<sup>23</sup>, con tali precisazioni definitorie deve restare chiaro che: a) il «nuovo art. 41 cpv.» presuppone una condotta già vietata, anche se non ancora punibile, che abbia attivato un *rischio illecito* (terzo comma), perché se non lo fosse, non le si potrebbe imputare mai un evento. Ciò implica che sia escluso dall'imputazione il comportamento che rimane entro la soglia di un rischio lecito, e quindi dà per risolto (mediante criteri che però la norma stessa non contiene e non potrebbe contenere) il problema della rilevanza della condotta in termini di superamento del rischio consentito. b) Per sfere giuridiche di competenza di terzi o della vittima non si deve intendere che risponde di un reato solo chi è *ab origine* «competente» per esso, quasi che (come sostengono alcuni Autori) debba avere violato una qualche posizione di garanzia (chi inganna o violenta non ha posizio-

<sup>22</sup> DONINI, *Considerazioni critico-costruttive sul principio di colpevolezza* (già in *Crit. dir.*, 1999, 414 ss.) in *Id.*, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, 249 s. Sulla soluzione adottata dal Progetto Grosso v. *infra*, nota 24.

<sup>23</sup> *Op. loc. ult. cit.*

ni di garanzia, e contravviene a divieti, anziché a obblighi); è vero, invece, che almeno certi rischi sono riferibili a obblighi, *status*, posizioni giuridiche di garanzia di altre persone, diverse dall'autore della condotta illecita (v. gli esempi già fatti). c) È rischio ubiquitario quello (per es. crollo dell'ospedale) che può accadere dovunque o a chiunque, a prescindere che sia stato condizionato da una condotta vietata. d) È mera «occasione» la lieve ferita non necessitante un intervento pericoloso rispetto alla colpa grave del medico, che scatena un esito manifestamente sproporzionato alla prima causa (mera occasione/fattore dipendente da terzo/manifesta sproporzione). e) Integra invece un approfondimento del rischio specifico della condotta vietata il progredire verso esiti più infausti di un ferita non mortale, ma necessitante un intervento con rischi tecnici cagionati dalla ferita stessa. f) È comunque «eccezionale» lo sviluppo nella vittima di una rara infezione che non costituisce una «complicazione» della malattia cagionata, ma si innesta su di essa, producendo esiti macroscopicamente più gravi, tali da assorbire il significato lesivo della condotta iniziale di percosse (è eccezionale e non ubiquitaria la nuova infezione, se contratta in ospedale, ma sarebbe anche ubiquitaria se contratta altrove).

Per quanto concerne i rischi la cui «competenza» sia della vittima o di terzi (v. il successivo par. 5), è evidente che una disposizione di questo tipo costituirà un volano per sviluppare finalmente *un'ermeneutica più moderna*, ciò che l'attuale disciplina ha viceversa precluso, sì che il suo mantenimento, sia pure «aggiornato» col riferimento esplicito all'«eccezionalità» delle concause come propongono i progetti Grosso e Nordio<sup>24</sup>, potrebbe solo servire alla conservazione di

---

<sup>24</sup> Cfr. il solo riferimento all'esclusione dell'imputazione dell'evento quando questo sia conseguenza «eccezionale» della condotta nell'art. 13.4 del Progetto Grosso (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 664), e conseguenza di «un fattore eccezionale» ai sensi dell'art. 11.8 del Progetto Nordio (in *Cass. pen.*, 2005, p. 253). Viceversa, il Progetto Pagliaro, cioè lo *Schema di delega legislativa* del 1992, sub art. 10.2, in *Documenti Giustizia*, 1992, 338, oltre ad escludere sempre l'imputazione (e non la causalità) per effetto delle conseguenze eccezionali della condotta, prospettava il richiamo alla possibilità di individuare «ulteriori criteri oggettivi d'imputazione». Sull'insufficienza del richiamo al parametro dell'eccezionalità e l'apparenza del suo valore di criterio operativo anche quando viene ripetuto in sentenza ci eravamo soffermati in DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 297 s. e nota 16, *ivi*. Quei rilievi sono ora approfonditi e direi radicalizzati da BLAIOTTA, *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in corso di pubblicazione, che propone di abbandonare il richiamo all'eccezionalità, che non è mai decisivo di per sé per l'imputazione. L'osservazione è giusta e l'avevamo chiaramente puntualizzata. Nella proposta di articolato qui (ri)presentata, peraltro, si mantiene il richiamo anche all'eccezionalità, la cui consolidata ricezione da parte della dottrina e della giurisprudenza italiane rende difficile abbandonarla, sia pure come parametro non esclusivo.

un esistente che con tutta franchezza non appare soddisfacente.

L'opzione qui suggerita contiene dunque *una chiara scelta politica*: valorizzare un ventaglio più ampio di concause (cioè di rischi sopravvenuti) capaci di escludere l'imputazione dell'evento *sia in caso di dolo che di colpa*, e quindi implementare l'affermarsi di una lettura più moderna del principio di responsabilità per fatto proprio, come subito si vedrà. Una volta accolta una formulazione come quella qui suggerita, essa potrà trovare applicazione *sia ai casi di imputazione oggettiva in senso stretto* (per es. gli esempi di cui al Cap. I, par. 6, *sub a*), e *sia ai casi di imputazione oggettiva in senso lato* (per es. alcuni casi, almeno, tra quelli indicati al Cap. I, par. 6, *sub b*), purché riconducibili al tema delle concause sopravvenute: non sarà più la «causalità», infatti, a venire meno, ma l'imputazione oggettiva, il nesso di rischio.

Se il rischio attivato è lecito, manca comunque il fatto tipico *oggettivo*, l'elemento oggettivo della bipartizione classica, qualunque evento si sia cagionato: se non rileva la condotta, il fatto che si sia prodotto un evento rimane indifferente. Viceversa, se la condotta produce un evento lesivo per l'intervento di *fattori di rischio preesistenti (o simultanei)* di normale (ma non assoluta) inconoscibilità, la condotta ignara e incolpevole sarà carente non di idoneità e di causalità (v. ancora l'art. 49 cpv. c.p. già menzionato al par. 2: *caso dell'aneurisma*), ma sul piano del fatto tipico *colposo*, l'elemento soggettivo della bipartizione classica: il rischio è socialmente rilevante – ci potrebbe essere dolo, o colpa per qualcun altro – ma manca la tipicità del fatto colposo, piuttosto che l'imputazione oggettiva in senso stretto a livello causale. È ciò di cui ci occupiamo qui di seguito.

#### 4. *Il ruolo delle cause concomitanti o preesistenti «anomale»*

Le *cause simultanee e preesistenti* alla condotta (e prima ancora i relativi fattori di rischio), salvo che ineriscano a rischi leciti *ab origine*, non sono capaci di «interrompere» l'imputazione causale, perché :

a) sono oggettivamente esistenti al tempo della condotta e potenzialmente conoscibili, a differenza di quelle sopravvenute che mantengano una loro indipendenza dal mero 'sviluppo' di fattori preesistenti o concomitanti;

b) la prova della loro conoscenza o conoscibilità è questione di elemento soggettivo: se per es. tra due persone che hanno agito, una poteva conoscere la concausa anomala e l'altra no, l'ordinamento non eliminerà l'imputazione «oggettiva» in modo cieco, per *entrambe* le persone, prima di vagliare l'aspetto soggettivo della condotta, precludendosi altrimenti la possibilità di incriminare anche il vero colpevole;

c) esse riguardano o la situazione pericolosa: e a livello causale un rischio realizzatosi non viene meno come causa solo perché difficilmente conoscibile *ex ante*; oppure riguardano la vittima, la sua costituzione fisica o le sue capacità di difesa: e l'ordinamento non la priva di tutela solo perché essa presenta, magari, carenze molto rare e imprevedibili di salute o di protezione<sup>25</sup>.

*Esempi. Casi dell'emofiliaco e del testimone di Geova.*

Se Tizio è un emofiliaco o un testimone di Geova, presenterà problemi rispetto al trattamento terapeutico di lesioni personali. Chi commette questo reato sa che deve accettare le condizioni della vittima così come sono, non potendo esaminarla prima, di regola. Pertanto, se sa in anticipo che quello rifiuterà la trasfusione del sangue o che presenterà rischi emorragici gravi, chi ferisce il testimone di Geova o rispettivamente l'emofiliaco contando su tale effetto non potrà certo invocare un fattore *sopravvenuto* eccezionale, essendo ciò, anzi, lo sviluppo prevedibile di una situazione *preesistente*; lo stesso vale, però, anche in caso di lesione colposa, perché si tratta di una condizione di *deficit* della vittima, come può essere l'emofilia, socialmente riconoscibile al tempo del fatto almeno da parte di qualcuno, come pure la presenza di un aneurisma o una peculiare debolezza delle ossa (quest'ultimo esempio è già in Carrara): si pensi al dovere di verificare certe condizioni preesistenti del paziente, anche se legate a patologie «rare» o eccezionali.

L'esigenza di una selezione 'oggettiva' delle concause preesistenti o concomitanti anomale (di difficile conoscibilità) aveva un senso nella cultura della responsabilità oggettiva, per rimediare alla mancata previsione della colpa, così reintrodotta surrettiziamente a livello oggettivo. Introdotta la responsabilità (almeno) per colpa, tutto il discorso che riguarda le concause di difficile conoscibilità potrà essere valutato in modo differenziato (dolo o colpa) in sede di elemento soggettivo, non d'imputazione causale.

*Solo rispetto a tali concause, dunque, avevano ragione le vecchie obiezioni alla causalità adeguata* che le rimproveravano di sostituire surrettiziamente la colpa e di anticiparla a livello di elemento oggettivo<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Sul collegamento della *ratio* dell'art. 41 cpv. c.p. con la tutela della vittima ricordo P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, 43 e nota 62, 90 s.; A.A. DALIA, *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Jovene, Napoli, 1975, 43 s.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PG<sup>3</sup>, Giuffrè, Milano, 1987, 394; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, Padova, 1993, 400 ss., oltre a quanto osservato in DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 377 s., nota. Tale *ratio*, peraltro, mi pare, alla luce di quanto osservato nel testo, solo una parte della compiuta spiegazione della norma e solo la comprensione completa di tale fondamento giustifica il mantenimento del *distinguo* tra le concause.

<sup>26</sup> Richiami su tale dibattito in DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 294 ss.

E proprio le proposte di riforma contenute nel Progetto Nordio, che vorrebbero escludere l'imputazione anche di quelle concause anomale (se «eccezionali»), sono costrette ad eccettuare da tale regola i casi dove le concause sono conosciute e sfruttate dolosamente<sup>27</sup>. Con il che, peraltro, *si ammette che l'aspetto soggettivo è dirimente, ma si sottovaluta la sua importanza anche in caso di colpa*: se Tizio ignora fattori concomitanti o preesistenti anomali *che però avrebbe il dovere di vagliare* (ciò che può ricorrere veramente nella pratica), poco importa che non abbia sfruttato dolosamente la loro conoscenza: potrà egualmente rispondere per colpa della causazione.

La soluzione non è diversa in presenza di una causa *apparentemente sopravvenuta* costituita dall'attivazione di debolezze costituzionali della vittima. Il dissanguamento dell'emofiliaco, come detto, non è un fattore «sopravvenuto», ma rappresenta il *logico sviluppo di una concausa preesistente*: esso potrà essere così rilevante da fare escludere in concreto la colpa dell'autore del fatto, ma il dolo (*rectius*: l'azione dolosa) che sfrutta la conoscenza del dato preesistente non verrà annullato/a. Quando, invece, si tratti di vere cause sopravvenute (per es. il grave e autonomo errore terapeutico che crea un rischio nuovo e determina l'evento innestandosi su una condotta illecita che ha solo «occasionato» l'illecito assorbente del sanitario), nei casi sopra indicati, la distinzione fra dolo e colpa perde qualsiasi significato, e quindi si profila un problema d'imputazione oggettiva in senso stretto.

*De lege lata*, non è possibile estendere «per analogia» alle cause preesistenti e concomitanti la disciplina riservata alle cause sopravvenute<sup>28</sup>:

<sup>27</sup> Cfr. l'articolato del Progetto Nordio: Art. 11, n. 8), consultabile per es. in *Cass. pen.*, n. 1/2005, 253: «Nessuno può essere punito quando l'evento è conseguenza di un fattore eccezionale senza il quale la condotta non lo avrebbe causato, salvo che gli atti compiuti costituiscano per sé un reato diverso. Agli effetti della legge penale non si considera eccezionale il fattore del quale l'agente è a conoscenza». Come chiarito sopra nel testo, questa norma non ha più nulla a che vedere con l'imputazione causale, ma con quella del dolo. Però nel tenere distinta la conoscenza dolosa del rischio anomalo ci si dimentica della colpa, dove un soggetto può essere tenuto a conoscere (anche se non «è a conoscenza» di) concause preesistenti per così dire anomale o particolari, e non lo fa per negligenza. La soluzione, dunque, dovrà essere affidata *sempre* all'imputazione soggettiva, non a quella oggettiva, che rimane immutata. Rilevo *en passant* che questa «difesa» dell'art. 41 cpv. sotto il profilo della distinzione fra cause sopravvenute e non, non l'ho maturata in questa occasione, ma risponde a quello che ho sempre ritenuto, anche se in precedenti scritti ciò non era stato così esplicitato come adesso (v. peraltro DOMINI, *Illecito e colpevolezza*, 377 s., nota 119). A favore della scelta del Progetto Nordio, ora, MILITELLO, *La formalizzazione dei criteri*, par. 4 del dattiloscritto.

<sup>28</sup> Per questa tesi, notoriamente, ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, 251 e poi nel *Manuale*.

esiste, infatti, una disciplina espressa, e non una lacuna (che il procedimento analogico presuppone), e tale disciplina, fra l'altro, possiede solidi argomenti a suo favore, come poc'anzi chiarito<sup>29</sup>.

Anche *de iure condendo*, dunque, questa distinzione fra cause sopravvenute e non, mantiene un fondamento razionale. È vero che c'è una risalente e ricevuta tradizione critica a favore della completa equiparazione delle situazioni, ma essa si fonda su un equivoco. L'art. 41 cpv. c.p. è scritto male e va rivisto, ma su questo punto offre ancora argomenti di riflessione e di insegnamento. È quindi più corretto affidare all'elemento soggettivo la funzione di decidere la soluzione del caso: qui veramente dolo o colpa possono fare la differenza, ma il «fatto proprio», almeno a livello causale-oggettivo, sussiste egualmente, perché c'è azione e c'è causazione in conformità ad un decorso di possibile rilevanza sul piano del rischio.

##### 5. *I danni a distanza (responsabilità del produttore, malattie professionali, eventi da contagio, reati contro salute e incolumità pubbliche, reati fallimentari) e la vittima come concausa*

*Un aspetto meritevole di una diversa attenzione e rimeditazione, tra le cause preesistenti o concomitanti, che però si sviluppano a grande distanza di tempo per l'intervento di altri imponderabili fattori, riguarda il tema dell'evento (e non solo dei danni) a distanza<sup>30</sup>, oltre che delle con-*

---

<sup>29</sup> Anche l'*escamotage* di estendere alle cause preesistenti e concomitanti una disciplina come quella sul caso fortuito di cui all'art. 45 del codice penale del 1930 è una forma evidente di «aggiramento» della *voluntas legis*, e non può essere accolta, anche perché presenta gli stessi gravi inconvenienti pratici di mandare assolti i veri responsabili di una condotta che sfrutti la conoscenza particolare del fattore di rischio (almeno per chi accolga del fortuito una valenza giuridica esimente di tipo oggettivo, anziché soggettivo). V. quanto già osservato in DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 377, nota 119.

<sup>30</sup> Sui danni a distanza il dibattito è rimasto troppo circoscritto ai delitti di lesioni (per es. virus HIV, malattie professionali) e omicidio, dovendosi allargare il tema dell'imputazione 'obiettiva' agli *eventi a distanza*, anche quelli del tutto tipici, propri di una fattispecie, ma nondimeno regolarmente a distanza, appunto, e il limite della sua rilevanza pratica trova qui la spiegazione. Cfr. in sintesi, per tutti, W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 494 ss., e PUPPE, Vor § 13/256-258 in *Nomos Kommentar zum StGB*, Bd. 1<sup>2</sup>, Nomos, Baden-Baden, 2005, 413 s. (e qui essenziali richiami), che giustamente attestano come la problematica, specialmente in materia di lesioni personali, risenta di una scarsa praticabilità processuale dell'accertamento «a distanza» (a cominciare da problematiche di *ne bis in idem* processuale, prescrizione ecc.), piuttosto che della prevalenza sostanziale di parametri 'obiettivi'



*sequenze tardive o protrate*, che è molto rilevante in vari casi attuali, ben più ampi dell'ambito circoscritto delle lesioni personali: per es. *responsabilità del produttore* (prodotto alimentare, farmaceutico, cosmetico, ecc.), causazione di *malattie professionali*, *infezioni da virus HIV*, e ancor più in caso di *disastri e reati contro l'incolumità e la salute pubbliche*, ma anche nella *bancarotta*, allorché si esiga un nesso tra condotta distrattiva o fraudolenta e almeno l'entità del dissesto. Tutte ipotesi molto varie e di sicuro impatto pratico e sull'opinione pubblica, caratterizzate dal fatto che ci sono interazioni complesse di concause e posizioni di garanzia, meccanismi eziologici multifattoriali e di rilevanza spesso statistica. Intorno ad alcune di queste ipotesi è in corso un attacco al paradigma della causalità, alla sua 'tenuta'. Su altre ipotesi, invero, si era rinunciato da tempo ad indagini eziologiche, che però adesso stanno ritornando in auge. C'è una regola generale che vale per gli *eventi a distanza*: le possibilità di costruire processi penali capaci di verificare un nesso eziologico su eventi a distanza sono molto più esigue delle possibilità di individuare e accertare un illecito di condotta (attiva od omissiva). Quanto più si sperimenta la difficoltà o l'insensatezza di attendere la prova di una causalità fortuita, e si capisce che la sua aleatorietà non serve a giustificare il fondamento della pena, tanto più emerge l'esigenza di ritagliare reati di pericolo criminologicamente definiti.

*Esempio.*

Si può cercare di mettere in dubbio che la colpa dell'imprenditore che ha esposto per anni i dipendenti a una sostanza pericolosa sia stata veramente la causa della loro morte: per es. perché potrebbe essere statisticamente possibile, anche se con una percentuale bassa di probabilità (1-2%), che i lavoratori abbiano contratto altrove quella patologia. Orbene, a fronte di questi dati statistici, chi potrà mai sostenere che è davvero socialmente rilevante la prova totale della causazione, cioè del 100% di certezza percentuale, per accertare la «colpa» del datore di lavoro? È ovvio che la sua colpa, consumatasi ben prima dell'evento, non potrà dipendere dalla certezza della causazione, quando già constano decine e centinaia di violazioni potenzialmente mortali. Quella prova certa appare assolutamente fortuita, secondaria e irrilevante rispetto a ciò che può davvero «fondare» un rimprovero. Ecco perché, ferme le re-

---

che precludano di imputare (in molti casi) gli eventi a distanza. Cfr. altresì, ma da distinti punti di vista, la monografia di GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, spec. 65 ss.; ID., *Zeitliche Dimension und objektive Zurechnung*, in GA, 2001, 283 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Zur strafrechtlichen Relevanz der Nicht-Unmittelbarkeit des Erfolgseintritts*, in GA, 1990, 207 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, § 24/45 s. Nella nostra letteratura FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, 580 ss.; CASTALDO, *Aids e diritto penale*, 85 ss., 92 s.

gole consuete di certezza probatoria rispetto al diritto *vigente*, in sede di *riforma* si potrebbe meglio ipotizzare una responsabilità anticipata, che non attenda dimostrazioni tardive di causazioni che non spostano il giudizio di colpevolezza socialmente apprezzabile.

Là dove è sull'imputazione dell'evento che ha ancora senso mantenere il fulcro dell'intervento penale, per evitare che l'evento diventi il simulacro di una mera condizione di punibilità, dovrà esigersi un nesso causale particolare, la realizzazione di un rischio specifico, che la fattispecie incriminatrice dovrà richiedere. Tale requisito lo si otterrà o attraverso *una selezione espressa effettuata dal legislatore*, ovvero mediante *una selezione ermeneutica* – in ossequio al principio di responsabilità per fatto proprio – *concretizzata dall'interprete*.

Qui la soluzione non può rimanere affidata sempre e solo all'elemento soggettivo. Gli eventi a distanza, pur sviluppando rischi preesistenti – anche quando le condizioni iniziali non sono la mera premessa, il presupposto per l'innesto di colpe assorbenti altrui negli anni successivi, ma svolgono una vera efficienza dinamica, diremmo quasi cinetica, rispetto ai risultati tardivi – possono sollevare *problemi simili a quelli delle cause sopravvenute*, ed esigono in questo caso scelte giuridiche unitarie di tipo oggettivo, o se vogliamo normativo *anche solo di parte speciale*: ognuno comprende come una 'colpa' originaria non possa, se non in una logica condizionalistica che fa pagare tutte le conseguenze di un atto riprovevole, sorreggere il peso della responsabilità di risultati sovradeterminati da troppe concause successive, se non al prezzo di una profonda revisione dei criteri d'imputazione comuni, magari differenziati a seconda dei distinti fenomeni.

Gli *esempi del fallimento verificatosi a distanza di molti anni da una distrazione, oppure dell'infortunio, della malattia o del disastro prodotti dopo la successione di molti garanti nella stessa impresa, dimostrano la portata pratica della questione*. La responsabilità per l'evento, se assistita da criteri rigorosi e garantistici, produrrà sempre un numero esiguo di condanne. A un certo punto, *qualcuno capirà che la funzione preventiva del diritto penale*, in questi casi soprattutto, non ha *niente a che vedere con l'esito casuale della prova di un evento cagionato*: se è stato veramente cagionato oppure no, e se magari lo si prova dieci anni più tardi, questo nulla toglierà alla «colpa» di non aver adottato certe cautele doverose. Sul piano legislativo, dunque, è ancora più importante trovare forme eque di responsabilità anticipata, penali e non, di quanto non sia la «scoperta» di criteri speciali d'imputazione oggettiva di un evento a distanza.

Un criterio generale di limitazione della responsabilità penale dovrebbe essere costituito, qui come altrove, dalla *colpa non lieve*, ma anche tale parametro, di tipo soggettivo, non basta ad eliminare il senso della riduzione dell'evento tardivo a condizione di punibilità, quando

una colpa iniziale diciamo non lieve sia comunque rimasta «assorbita» da successivi interventi di altri garanti che hanno «novato» la posizione di responsabilità di un'impresa o l'organizzazione dei rischi.

Si tratta, in questo caso, di aspetti d'imputazione oggettiva (nesso di rischio, realizzazione del rischio) più frequenti nei reati colposi, ma la loro soluzione pone le basi (come si vedrà nel prossimo Cap. IV, par. 1, e in seguito in tema di bancarotta e reati contro l'incolumità pubblica: Cap. V, parr. 5-6) per una estensione del criterio a eventuali realizzazioni dolose, dove solo la condotta lesiva iniziale sia stata «finalizzata», e non invece l'evento a distanza, che dovrà presentare un congruo «nesso di rischio» con la condotta originaria.

L'imputazione oggettiva, anche a scapito di un'impressione di farraginosità, ha avuto *il merito di promuovere un'elaborazione pluralistica e differenziata di criteri d'imputazione*, i quali rimanevano inopinatamente soffocati e limitati dalla cultura logico-statistica dell'adeguatezza causale: non è la frequenza statistica a decidere della mancata imputazione di un evento, che se deve essere neutralizzato rispetto ad incidenze causali pur rarissime (una malattia, un evento naturale e catastrofico ecc.), sarà nondimeno ascritto a chi ha colpevolmente trascurato i propri obblighi. D'altro canto, anche accadimenti frequenti possono risultare estranei al rapporto di rischio, se nel risultato ha trovato occasione di manifestarsi il comportamento assorbente della vittima, di un terzo o se comunque non si è realizzato il rischio originario.

Al tema dei danni a distanza si affianca quello del *consenso della vittima ad attività (terapeutiche, lavorative, ludiche, di salvataggio ecc.) rischiose*.

Qui ci muoviamo chiaramente su un terreno che non è sempre facilmente separabile da quello della colpa, e in questo secondo caso il nesso di rischio attiene all'imputazione oggettiva in senso lato (il rapporto di rischio 'interno' al fatto colposo).

Distinguiamo però due costellazioni di ipotesi.

La condotta *sopravvenuta*, volontaria ed autoresponsabile, della vittima può rendere *non imputabile l'evento* lasciando *intatta l'illiceità della condotta dell'autore*. L'azione sopravvenuta del soggetto passivo, in queste ipotesi, può ancora essere ricondotta a una lettura aggiornata del vigente art. 41 cpv. c.p., sotto il profilo delle sfere di competenza.

*Esempio. Caso dell'incendio dell'auto investita.*

Un automobilista, colposamente investito, perisce perché, uscito dall'auto, cerca di spegnere l'incendio della vettura con un'attività palesemente sconsiderata alla quale si è autodeterminato viste le fiamme che avvolgevano il mezzo. Le regole cautelari e le norme incriminatrici violate dall'investitore non contemplano l'attribuzione di tali rischi re-

si attuali dalla condotta della vittima. Si tratta dunque di una condotta sopravvenuta che si innesta su un rischio attivato dalla condotta illecita (l'incendio dell'auto come conseguenza dell'incidente), ma *estraneo alla sfera di competenza dell'investitore*.

Il *consenso anticipato della futura vittima*, in altri casi, può rendere *lecito – non l'evento, ma – il rischio*, e quindi il comportamento del terzo.

*Esempio. Caso del trasportato che acconsente alla traversata temeraria in vela.*

Tizio (proprietario di una barca a vela di 38 piedi, titolare di patente nautica senza limiti dalla costa e, quindi, comandante), insieme a due amici provetti velisti, desidera effettuare una traversata in barca a vela da Livorno alla Corsica, in presenza di condizioni meteo di mare agitato e di vento a 40 nodi da Sud-Ovest (libeccio). C'è posto, in barca, anche per altre persone, meri spettatori di un viaggio a rischio. Caio si fa avanti per assistere all'impresa, quale spettatore trasportato, e viene debitamente informato dal comandante delle regole di sicurezza a bordo e dell'ordine di indossare la cintura di sicurezza. Nel corso della traversata, la barca rischia il naufragio per le onde alte che colpiscono la poppa al giardinetto, ma i tre velisti si salvano e raggiungono la Corsica, mentre il trasportato – per una imprudenza del tutto imprevedibile – libera il moschettone della sua cintura di sicurezza dalla *life line*, cade in mare e perisce, quando tutto l'equipaggio era impegnato in una difficile manovra.

È vero, nel caso ora riportato, che non c'è «colpa» in capo ai velisti. Ma *l'assenza di colpa* rispetto alla decisione del trasportato di togliersi la cintura di sicurezza *ha radici più profonde*, a monte, relative a una precondizione, vale a dire che essa suppone un rischio lecito e acconsentito, parimenti essenziale alla soluzione del caso. Anche se acconsentito, quel rischio potrebbe essere ancora colposamente attuato. Esso, però, è inizialmente lecito perché acconsentito e non già perché «prudente»: è anzi un rischio sicuramente imprudente, benché lecito.

Questo aspetto trova spesso, ma non sempre congruamente, una trattazione interna al tema della «causa di giustificazione» del consenso dell'avente diritto: collocazione incongrua, almeno finché non diventi lecito (e non impedibile) lo stesso verificarsi del risultato. Se però è lecita la condotta rischiosa (nei limiti del rischio consentito e acconsentito), l'evento cagionato non sarà imputabile, per quanto resti «impedibile» il suo verificarsi, cioè sia lecito e anzi doveroso, se possibile, il suo impedimento.

A queste problematiche sono dedicate alcune recenti monografie

straniere intitolate all'imputazione oggettiva<sup>31</sup>, ma talora anche alle scriminanti fondate sul consenso<sup>32</sup>, senza considerare adesso numerosi altri inquadramenti teorici<sup>33</sup>. In Italia, accanto alla posizione agnostica di chi indica solo soluzioni civilistiche e assicurative ai problemi dei danni a distanza (danni da prodotto, eventi catastrofici, ecc.)<sup>34</sup>, o ribadisce le tesi tradizionali che vogliono risolvere nell'ambito della colpa (o del dolo) i problemi di consenso della vittima all'autoesposizione al pericolo da parte di terzi<sup>35</sup>, resta il fatto che i danni a distan-

<sup>31</sup> Per es. il grande affresco di MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2005; ulteriormente, CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*<sup>2</sup>, Bosch Ed., Barcelona, 2001; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Eigenverlag Max-Planck Institut, Freiburg i. Br., 1991, via via con altri richiami. V. anche W. FRISCH, *Selbstgefährdung im Strafrecht*, in *NZST*, 1992, I, 1 ss., II, 62 ss.

<sup>32</sup> MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2004.

<sup>33</sup> Per es. ZACZYC, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Müller, Heidelberg, 1993.

<sup>34</sup> Per es. STELLA, *Giustizia e modernità*<sup>3</sup>, 483 ss., 508 ss., 595 ss.; CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 375 ss., 411 ss.

<sup>35</sup> DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, 109 ss., 206 s., 346 s., 368 ss., 373 ss. e le conclusioni generali alle pp. 471-476. La posizione dell'A. (tradizionale negli esiti quanto all'assorbimento dell'imputazione oggettiva o nella causalità o nella colpa, ma non nel percorso argomentativo) «assorbe» l'imputazione oggettiva o in una causalità probabilisticamente intesa, dove già le leggi scientifiche usate servirebbero a selezionare alcune concause e ad escluderne altre – ma questo punto di vista, che vede il recupero dell'adeguatezza causale già mediante l'impiego di leggi scientifiche (universali o statistiche) nella spiegazione del nesso di condizionamento, e che era stato sostenuto a suo tempo già da Bettiol (cfr. BETTIOL, *Diritto penale*<sup>10</sup>, Cedam, Padova, 1978, 274), confonde il punto di vista *ex ante* con quello *ex post*, giacché una legge scientifica, universale o statistica che sia, può servire a spiegare *ex post* un fatto assolutamente eccezionale, un decorso assolutamente atipico, che nessuno avrebbe preventivato al tempo della condotta nel suo effettivo svolgimento se non conoscendo i fattori oggettivamente esistenti, o che sarebbero sopravvenuti e che sono accertabili, in realtà, solo *ex post* –, o all'interno dell'imputazione colposa, che continua ad arricchirsi di mille strutture argomentative, oggettive, normative e soggettive, prese a prestito anche dall'imputazione oggettiva, per definire la responsabilità (laddove nel dolo viene ritenuto che non emergano problemi di imputazione oggettiva). L'opzione scelta non impedisce comunque all'A. di riprendere moltissime argomentazioni, tematiche, e anche soluzioni di quella teoria da diverse angolature (come la stessa A. esplicitamente riconosce: *op. cit.*, 473). Sull'interpretazione dell'art. 41 cpv. c.p. proposta, invece, v. quanto rilevato *ante*, Cap. I, par.

za, o quelli co-determinati dal consenso della persona offesa alla propria esposizione al pericolo da parte di terzi pongono l'esigenza di mutamenti nelle scelte politico-criminali (richiamando ad es. criteri come quello dell'autodeterminazione della vittima, delle distinte sfere di competenza per i rischi sociali, ecc.)<sup>36</sup>, senza per questo eliminare la responsabilità penale – anche anticipata a livello del pericolo – dalle strategie complessive dell'ordinamento, soprattutto quando sono i deboli (per es. i consumatori o i lavoratori) a scontrarsi con i poteri forti (per es. i produttori).

Sul versante della liceità della condotta, dunque, alcuni criteri nuovi possono escludere, prima ancora che la colpa, la rilevanza di un rischio che ne costituisce *il presupposto*: elemento di tipicità, nondimeno, non criterio pre-giuridico o pre-tipico.

Il rifiuto delle teorie dell'imputazione oggettiva non è sempre sostanziale, ma a volte puramente sistematico<sup>37</sup>, e ciò dipende anche dall'aver affidato troppo ad altre categorie apparentemente soggettive e provvisoriamente consolidate – come quella della colpa, che ormai colpa non è più, ma anti-giuridicità o puro normativismo – la cui trasfigurazione in «colpevolezza» può davvero avvenire se si riesce a ripristinare al loro interno la distinzione fra l'oggettivo, il normativo e il soggettivo-personale, e a depurarli di alcune valutazioni che con la colpa e la colpevolezza non hanno molto a che fare. È ciò che ci proponiamo di introdurre nei prossimi due capitoli<sup>38</sup>.

---

5, nota 40; sull'interpretazione del comportamento alternativo lecito v. *infra*, Cap. IV, parr. 4-5 e nota 20).

<sup>36</sup> Con specifico riguardo al tema del consenso all'autoesposizione al rischio da parte di terzi ricordo l'importante, spesso dimenticato e anticipatorio studio di BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Boll. Ist. dir. proc. pen. Univ. Pavia*, A. Acc. 1960-61, 89 ss., ora in Id., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Giuffrè, Milano, 1997, 67 ss.

<sup>37</sup> Evidente, per es., il caso di W. FRISCH, *Selbstgefährdung im Strafrecht*, conforme alle posizioni sostenute in lavori principali precedenti.

<sup>38</sup> Sul consenso all'autoesposizione al pericolo, nella nostra letteratura più recente, v. ora S. CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, ed. provvisoria, Bologna, 2005.



## CAPITOLO IV

### L'IMPUTAZIONE OGGETTIVA NEI REATI COLPOSI

SOMMARIO: 1. Imputazione oggettiva e colpa. Le ragioni per definire e trattare il fatto colposo prima di quello doloso. – 2. La colpa come un *minus* e come un *aliud* rispetto al dolo. – 3. Imputazione oggettiva e aumento del rischio: nella colpa, nell'omissione e nel dolo. – 4. *Segue*. Il problema aperto del comportamento alternativo lecito, fra causalità della colpa e causalità della condotta. – 5. Colpa commissiva, evitabilità, e criterio del «più probabile che no».

#### 1. *Imputazione oggettiva e colpa. Le ragioni per definire e trattare il fatto colposo prima di quello doloso*

Un'obiezione più frequente alle teorie dell'imputazione oggettiva è che esse affronterebbero problemi rilevanti solo per i reati colposi, e nient'affatto «generali». Per tale ragione si tratterebbe di elaborazioni *inutili*, perché doppiati della colpa, e *sbagliate*, perché non estensibili al dolo<sup>1</sup>.

Si tratta di un'obiezione del tutto infondata, per quanto comprensibile alla luce di alcune trattazioni dottrinali e manualistiche d'oltralpe. Prima di chiarire quanta rilevanza *specificata* possa avere l'imputazione oggettiva nel dolo (*infra*, Cap. V), procediamo con ordine.

Tradizionalmente si insegna prima il dolo, quale esempio di figura paradigmatica del delitto, espressione di un fatto-tipo e di una colpevolezza-tipo più emblematici del penale-criminale. La colpa, sorella minore, anche se non più «cenerentola» come un tempo, segue di lontano. Orbene, la riflessione sull'imputazione oggettiva dovrebbe condurre a *trattare prima il fatto colposo*<sup>2</sup>. Per tre ragioni fondamentali.

---

<sup>1</sup> Per es. ARM. KAUFMANN, *Objektive Zurechnung*, 251 ss., 258; MARINUCCI, *Non c'è dolo*, 7 ss., 25 ss., 39 (relegandola infine tra i «fossili di epoche passate»).

<sup>2</sup> Peraltro, un'opzione di questo tipo – che avevo adottato in *Illecito e colpevolezza*, 433 ss. –, la trovo solo nel manuale di FREUND, *Strafrecht*, AT, 140 ss. È vero però che molti AA. tedeschi hanno svuotato così tanto la colpa, che la mag-



I reati colposi non sono più eccezionali come nel 1930, quando il codice Rocco, del tutto logicamente peraltro, presumeva la dolosità del delitto, salva la previsione «espressa» della colpa (o della preterintenzione). In Italia, per es., dove esistono *de iure* oltre quattromilacinquecento contravvenzioni, e meno di duemila delitti<sup>3</sup>, sono più i reati colposi di quelli solo dolosi. Questo dato puramente numerico e normativo-astratto potrebbe peraltro mutare radicalmente, se si abolissero, ridurrebbero o trasformassero le contravvenzioni, accorpandole in figure sintetiche e selezionate, molto più ridotte, di delitti minori a tutela anticipata<sup>4</sup>. Anche in tal caso, però, resta vero che rispetto ai fatti commessi, nei settori più rilevanti della colpa, legati a delitti che offendono i beni della vita, dell'integrità fisica, ecc., le realizzazioni con-

---

gior parte dei problemi che la riguardano sono «anticipati» in un enorme capitolo sull'imputazione oggettiva (per es. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, § 24, e qui la specifica ammissione al § 11/49, dove la trattazione di troppi temi peculiari alla colpa in un capitolo generale «comune» anche al dolo, definito d'imputazione oggettiva, produce la «povertà» davvero stupefacente del contenuto della colpa, che di fatto assume di nuovo la posizione di una «Cenerentola» della parte generale). *Questo indirizzo*, però, mi pare *profondamente sviante*: per fare vedere che nella colpa c'è una parte considerevole d'imputazione oggettiva che «colpa», in senso soggettivo, non è, non bisogna svuotare la colpa di una componente normativa ad essa pur sempre essenziale e sottintendere addirittura la colpa oggettiva al dolo. È molto più naturale e 'visibile' la dimensione generalizzante che ha acquistato il reato colposo se lo si tratta prima del dolo, e si fa vedere quanti problemi relativi a una parte significativa di fattispecie dolose – non certo il sequestro di persona a scopo di estorsione o la rapina a mano armata, si capisce, ma magari la truffa, l'usura, il riciclaggio, i reati fallimentari, quelli societari, e più in generale quelli di impresa – possono essere affrontati meglio dopo l'inquadramento della colpa: il che vale quanto dire, sovente, dopo l'analisi delle regole extrapenalistiche relative, appunto, al rischio consentito.

<sup>3</sup> Cfr. più esattamente i risultati della ricerca MURST su «La riforma del diritto penale complementare», presentati a Modena, al Convegno del 14-15 dicembre 2001, raccolti in AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di DONINI, Giuffrè, Milano, 2003, e qui i dati illustrati da PAVARINI, *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare. Prime elaborazioni e riflessioni*, 25 ss. V. ulteriormente BERTACCINI-PAVARINI, *L'altro diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2004.

<sup>4</sup> Per una prospettiva di questo tipo, che mira a una riduzione del diritto penale contravvenzionale a un numero circoscritto di fattispecie residuali *extra codicem*, progressivamente sostituite da figure di delitti minori, cfr. DONINI, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, in *Questione Giust.*, 2004, 487 ss., spec. 512 ss.; ID., *Per un modello di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei delitti contro la salute pubblica*, Relazione al Convegno di Siracusa 2-3 dicembre 2005, su *La riforma penale rinviata: generazioni e progetti a confronto*, dattiloscritto, in corso di stampa in un quaderno monografico sulla riforma dei reati contro la salute pubblica, Cedam, Padova, 2007.

cretamente colpose sono assai superiori a quelle dolose. In Paesi come la Germania, che non hanno le contravvenzioni (e quindi hanno in astratto più reati dolosi), i fatti colposi *commessi* si stima che siano la metà di tutti i reati<sup>5</sup>. Non solo. Esiste ormai una quantità enorme di attività disciplinate dalla legge, sulle quali si possono innestare comportamenti sia dolosi che colposi. Se però si tratta di attività autorizzate e regolate, chi rimane *sotto la soglia di rischi leciti* può rappresentarsi e volere o non volere certi risultati lesivi, ma – entro quella soglia – è libero di agire: quel rischio non diventa proibito perché uno ci pensa oppure no, lo progetti o meno, salvo che non orienti ad arte la condotta verso un evento lesivo, modificando però le basi della liceità del rischio. Questo vale nell'impresa come nella circolazione stradale, nell'attività di lavoro come nel tempo libero<sup>6</sup>. Ci sono «competenze» che riguardano solo alcuni soggetti e non altri e a loro possono essere ascritti certi rischi e quindi certi eventi. Se prescindiamo dalle conoscenze superiori, che riguardano situazioni eccezionali, nelle attività disciplinate per legge chi si muove entro le regole non deve aspettarsi che qualcuno vada a sindacare la moralità del suo agire, per trovare «nel soggettivo» qualcosa di criminale. Per questo *il dolo non c'è se non si supera la misura del rischio sufficiente per una colpa oggettiva, cioè un rischio oggettivo*. Il «rischio doloso» (che è il rischio espressivo della condotta dolosa, ma non è una forma di *dolus in re ipsa*, dove la prova del rischio dimostri già il dolo) può risultare molto diverso, ma non può essere inferiore a quello sufficiente per la colpa almeno del miglior agente-modello<sup>7</sup>, e anche la questione della ripartizione delle diverse 'competenze' per i rischi penalmente rilevanti è un problema non solo penale, ma dell'intero ordinamento, sì che l'imputazione colposa come quella dolosa se lo ritrovano davanti. È logico, pertanto, analizzarlo prima delle questioni specifiche dei fatti colposi e dolosi.

Si rammenti il *caso della bancarotta preferenziale* già commentato (*ante*, Cap. II, par. 5), che illustra bene questo intreccio di regole di disciplina obiettiva di un settore e di esigenze di cominciare a «soggettivizzare» le responsabilità dopo che si sono offerti parametri-guida per operare in situazioni di crisi economica.

---

<sup>5</sup> Per la Germania i dati qui riferiti li desumo da ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, § 24/1, e da GROPP, *Strafrecht*, AT<sup>3</sup>, Springer, Heidelberg, 2005, § 12/1-3.

<sup>6</sup> Sulla necessità di concretizzare questo rischio sulla situazione e sulla condotta storiche, anziché modellarlo su astratte «attività» autorizzate, v. quanto già osservato al Cap. II, par. 5.

<sup>7</sup> Sul problema delle conoscenze superiori rinvio a quanto già osservato al Cap. III, par. 2.

Si salda qui il *secondo motivo*: la colpa è diventata ormai (e in parte lo è effettivamente) elemento oggettivo, nella prassi prima ancora che nella teoria, dove è ridotta psicologicamente a «non dolo» e per il resto è interamente normativizzata<sup>8</sup>. Il nostro codice la definisce elemento psicologico (!) e di psicologico ha sempre di meno: che cosa ci fa, allora, la colpa, nella colpevolezza e nell'elemento soggettivo? In realtà, questa tendenza troppo oggettivizzante deve essere contrastata, altrimenti la colpa si converte in responsabilità oggettiva.

Perché la colpa non continui, sul piano psicologico, a restare «non dolo», occorre che sia trattata *prima di* questo, utilizzando le categorie della rappresentazione, della volontà e dell'errore sul fatto prima di trattare il dolo, e proprio al fine di spiegare la colpa; diventerà, allora (senza per questo dover «anticipare» tutta la trattazione dell'oggetto del dolo), assolutamente indispensabile darle un contenuto psichico: assisteremo così al semplice «svelamento» di una realtà che mai ha cessato di esistere sotto il normativismo imperante. Sarà anche più facile distinguere ciò che è oggettivo in essa, da ciò che deve assolutamente restare soggettivo e personale<sup>9</sup>. Sotto il profilo psicologico si vedrà meglio (senza peraltro ritornare alle vecchie concezioni psicologiche del primo Novecento) che la colpa è sempre una forma di errore o di perdita di controllo della causalità, oltre che non volizione dell'evento o del fatto tipico<sup>10</sup>. C'è poi il problema della c.d. misura soggettiva della colpa, di cui tutti parlano per salvarsi la coscienza, senza riuscire a riempirla di contenuto. Anche questo profilo, che riguarda soprattutto il momento di colpevolezza personale della colpa, merita approfondimenti molto trascurati nell'ultimo ventennio.

Si potrà poi, in sede di analisi della colpa come «elemento soggettivo», ricordare che *la colpa*, come il dolo, ha *un suo «oggetto»*. E si tratta di un oggetto in buona parte *comune al dolo*. *L'oggetto della colpa* è quella parte oggettiva del fatto e dell'illecito che il soggetto doveva e

<sup>8</sup> Per un'ampia esposizione critica di tale situazione rinvio a DONINI, *Teoria del reato* (1996), 348 ss.

<sup>9</sup> La letteratura italiana che tende invece a ridurre la colpa a «non dolo» e a violazione obiettiva di una cautela, la ridimensiona appunto a «imputazione oggettiva», laddove l'individuazione di questa categoria come riguardante il fatto proprio, ma non la colpevolezza, potrebbe proprio servire a rivitalizzare l'esigenza di un'analisi (e un accertamento ...) di *distinti* profili soggettivi e personalistici della colpa. Esattamente, da ultimo, CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo*, 1470. Fatto è che l'assenza di un elemento realmente soggettivo nel reato colposo è ciò di cui più si avverte la mancanza.

<sup>10</sup> Si consenta di rinviare, anche per altri richiami, a DONINI, *Il volto attuale*, 215 s. e nota 43. Nella manualistica italiana, in particolare, NAPPI, *Guida al codice penale*, 225 ss.

poteva prevedere ed evitare tenendo la condotta diligente o prudente. Benché sia stato sostenuto autorevolmente che nel reato colposo, a differenza di quello doloso, non sarebbe praticabile la distinzione fra elemento oggettivo ed elemento soggettivo, in quanto la volontà di realizzazione dell'agente non è diretta all'evento (e dunque al fatto tipico, o all'elemento, oggettivo)<sup>11</sup>, si tratta di una tesi destituita di fondamento: nel reato colposo c'è non volizione esattamente di quell'evento o elemento oggettivo, e c'è, a seconda dei casi, una sua mancata, ma potenziale, ovvero una sua attuale (anche se parziale) rappresentazione. L'addebito normativo di colpa ha dunque, a livello di fatto o di illecito, questo referente sociale o naturale, mentre a livello del giudizio di colpevolezza il suo referente è costituito dalle «cause» (psicologiche, personali, motivazionali) dell'errore che ha sorretto la condotta.

Se poi si applicano incriminazioni molto normativizzate, dove la colpa è una *culpa iuris*, si dovrà cominciare già qui a chiarire quanto «diritto» è presente «nel fatto». Poiché la colpa (come elemento normativo) rinvia a tutto l'ordinamento, ed esprime dunque quel primato dell'antigiuridicità (dell'ordinamento generale) sul fatto tipico (sulla selezione penalistica dell'illecito) che impone di verificare prima se ci sia una norma che autorizza o impone una condotta, e poi di verificare magari alcuni aspetti più psicologici dell'agire, è importante che i parametri normativi che eventualmente autorizzano una certa azione siano affrontati prima delle questioni psicologiche, soprattutto in settori ricchi di discipline extrapenali.

Superato il livello del rischio *ex ante*, se si analizza nella colpa la componente obiettiva del rischio *ex post*, di quello cioè che deve realizzarsi nell'evento, inquadrandola nel momento dell'imputazione oggettiva in senso lato – vale a dire il *nesso di rischio* interno al fatto colposo, quando già consta una violazione cautelare – si compie un'operazione di pulizia concettuale che non toglie nulla all'elemento oggettivo classico, né alla colpa come criterio normativo d'imputazione soggettiva. Occorrerà peraltro chiarire bene che si affrontano qui problemi specifici dell'imputazione colposa, non estensibili automaticamente né al dolo, né all'omissione.

La *terza ragione* per trattare prima l'imputazione oggettiva (in senso stretto), poi la colpa (e l'imputazione oggettiva in senso lato che la riguarda) e poi il dolo (e l'imputazione oggettiva in senso lato che lo concerne), discende da quella che si può definire la *normalizzazione criminologica dei tipi d'autore*<sup>12</sup>, a cui si collegano le *ipotesi di reato in contesto lecito di base*.

---

<sup>11</sup> STRATENWERTH-KUHLEN, *Strafrecht*, AT<sup>5</sup>, § 15/3.

<sup>12</sup> *Amplius* DONINI, *Il volto attuale*, 235 ss. (in relazione alle pp. 109 ss.).

Si tratta, in sintesi, di questo. Esistono sempre di più fattispecie dove il tipo d'autore sul quale è modellata l'incriminazione è un soggetto del tutto inserito in un contesto sociale, un soggetto che si limita a superare i limiti di rilevanza di un'attività di per sé lecita, lavorativa, ecc. Non è pensato come una persona che rompe il patto sociale e decide di agire contro la società (un bruto, un rapinatore, un killer, un professionista del crimine), ma come un trasgressore di limiti. Gli stessi fatti di reato sono costruiti come inosservanze di autorizzazioni, ordini, tabelle, discipline ministeriali, limiti di tolleranza, provvedimenti amministrativi, trasgressione di doveri disciplinati per legge in numerosi elementi normativi di rinvio, ecc. Sono migliaia di «agenti-modello» che vengono sottintesi alle incriminazioni, siano esse colpose o dolose. Lo stesso delitto doloso suppone, in fattispecie ricche di rinvii ad altri elementi normativi, a discipline extrapenali, che si sia andati «al di là» della rete di regole del rischio consentito: dimostrare invece che la condotta – pur orientata al profitto proprio e al corrispondente danno altrui (si pensi a un'usura, a un'appropriazione indebita, o anche a una ipotetica violazione consapevole della privacy) – si è mantenuta nei limiti del lecito, «scioglie automaticamente» ogni problema di colpa e di dolo *insieme*. Ciò implica una normativizzazione dello stesso fatto tipico doloso e un'esigenza di trattare in modo unitario i problemi comuni a dolo e colpa.

Ecco spiegato perché c'è un'imputazione oggettiva che può precedere la colpa, ma c'è una componente oggettivo-normativa d'imputazione del fatto colposo (imputazione oggettiva in senso lato) che è utile sottintendere alla stessa trattazione dell'omissione (che può essere dolosa o colposa) e a quella del dolo (dove peraltro non potrà essere trapiantata e adattata senza rilevanti differenze).

## 2. La colpa come un minus e come un aliud rispetto al dolo

Colpa e dolo sono in un *rapporto di scalarità* (da meno a più) innanzitutto quanto a *gravità dell'illecito*<sup>13</sup>: senza rischio sufficiente per

<sup>13</sup> V. soprattutto MYLONOPOULOS, *Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo*, in *ZStW*, 99, 1987, 685 ss. Nella nostra letteratura: MARINUCCI, *Non c'è dolo*, 33 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, 383-392. Nella letteratura (di lingua) tedesca, dopo le ricerche basilari di Engisch contenenti l'idea che il dolo implichi il superamento della colpa oggettiva, intesa come mero parametro del rischio consentito, e che si ritrova in numerosissimi sostenitori dell'imputazione oggettiva (richiami in DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 311 s., nota 38; MARINUCCI, *Non c'è dolo*, 27-28), il dibattito più recente riprende la tesi di un rapporto di scalarità normativa (non logico-concettuale, e quindi senza

una qualche colpa non c'è dolo rilevante, ma chi agisce con intenzione si preoccupa di selezionare i rischi secondo un fine, e non secondo sequenze puramente causali, sì da adottare tecniche di realizzazione particolarmente efficaci. Non è solo una questione di rischio, però, ma di disvalore.

*Sul piano psicologico*, viceversa, essi sono in rapporto di incompatibilità, e quindi rappresentano un *aliud*. Normalmente la scalarità a livello di illecito investe anche la colpevolezza: è più grave fare una cosa «apposta», anziché involontariamente. *Con eccezioni*. Infatti, la colpevolezza – che suppone un dato psichico (che abbiamo visto essere diverso) valutato alla luce della normalità dei processi motivazionali del soggetto – non è una realtà impersonale e generalizzante come l'illecito<sup>14</sup>. In concreto, perciò, lo stesso evento lesivo (per es. una lesione personale identica: la rottura di un arto o di un dente) può discendere da un fatto doloso personalmente molto scusabile (ma non esente da pena), espressione della reazione a un fatto ingiusto altrui grave e drammatico, ovvero può derivare da un fatto colposo il cui autore riveli un grado di antidoverosità personale della condotta da risultare sicuramente più colpevole e anche più punito, consentendolo di regola le cornici edittali e i criteri di commisurazione. In questi casi la colpevolezza colposa è più intensa di quella dolosa.

*L'«elemento oggettivo» del fatto doloso, inoltre, non è veramente identico a quello del fatto colposo: lo è la loro componente oggettiva in senso classico* (per es. l'evento, l'azione nella sua componente causale pura, o il superamento di una soglia di liceità comune, l'obiettivo contrasto con regole di disciplina civile o amministrativa, inerenti alla stessa tipicità del fatto) che rappresenta un'astrazione concettuale («da parte generale»), *ma non la condotta tipica specificamente dolosa o colposa, dove l'azione resta 'segnata' da dolo e colpa*: qui, in questa componente verace della condotta tipica, il dolo esige di regola una diversa e (non

---

«specialità») fra colpa e dolo (*normatives Stufenverhältnis*) anche in relazione alle questioni processuali di decisione in caso di dubbio sul dolo e di possibile derubricazione dell'imputazione in quella colposa (casi di *Wahlfeststellung*): oltre al citato e decisivo scritto di Mylonopoulos, cfr. WOLTER, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Straftatsystem. Zur Strukturgleichheit von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt*, in GA, 1993, 269 ss., e in precedenza ID., *Grundfälle zu «in dubio pro reo» und Wahlfeststellung*, in JuS, 1983, 363 ss., 602 ss., 769 ss.; HERZBERG, *Der Vorsatz als «Schuldform», als «aliud» zur Fahrlässigkeit und als «Wissen» und «Wollen»?*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. IV. *Strafrecht, Strafprozessrecht*, Beck, München, 2000, 51 ss., 58-62; ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, § 24/77 ss., via via con altri ragguagli.

<sup>14</sup> Sul carattere (umanistico sì, ma) non personale dell'illecito, a differenza della colpevolezza, cfr. DONINI, *Illecito e colpevolezza, passim*. In sintesi ID., *Il volto attuale*, Cap. VII, *Illecito umanistico e colpevolezza personale*, 197 ss.

solo) più grave qualificazione del rischio o semplicemente del fatto, che contrassegna l'agire di 'note' qualitativamente specifiche, così come la colpa ha le sue proprie.

Per tali ragioni è *destituita di fondamento la tesi* che vorrebbe fare del reato doloso un'ipotesi «speciale» di quello colposo<sup>15</sup>. Pensata per dare spiegazione alla giurisprudenza che, di fronte a una contestazione di dolo non provata, applica processualmente l'ipotesi colposa corrispondente ritenendola *de plano* contestata in modo «implicito», la tesi della specialità del reato doloso prova troppo. La giurisprudenza ritiene contestato il fatto materiale in senso oggettivo classico (condotta materiale come pura azione causante, rapporto eziologico ed evento) che è in effetti comune, ma quando diventerà più chiaro che il fatto colposo è diverso da quello doloso sul piano della *condotta tipica* (se non si riduce quest'ultima a pura causazione), quell'impostazione vetusta – che suppone che la differenza tra dolo e colpa sia *solo* una questione di elemento «psicologico», una sorta di fatto interno – dovrà essere superata, almeno in alcune ipotesi ben delineate: il dolo, infatti, non esige di per sé la prova dell'imprudenza o della negligenza, né (nei delitti) l'esplicita o implicita contestazione della colpa, anche se in molti processi è palese che si discute *ab initio* dell'ipotesi di una possibile «derubricazione», di per sé favorevole all'imputato, che dunque la chiede o la accetta e non se ne può dolere se la derubricazione è accolta<sup>16</sup>: la vicenda, perciò, non si risolve in base a una premessa 'dogmatica' di diritto penale sostanziale, ma resta regolata processualmente *iuxta propria principia*.

L'imputazione «oggettiva», dunque, che resta una categoria di parte generale in ausilio all'applicazione del principio della responsabilità

<sup>15</sup> Per tale tesi minoritaria, cfr. per es. PUPPE, *Sub* § 15/5, in *Nomos Kommentar zum StGB*, Bd. 1<sup>2</sup>, 480; RUDOLPHI, in *Systematischer Kommentar zum StGB*, AT<sup>7</sup>, Metzner Verlag, Frankfurt a.M., 2004, *Anhang* al § 55/20; FREUND, in *Münchener Kommentar zum StGB*, Beck, München, 2003, *Vor* § 13/269; HERZBERG, *Der Vorsatz als «Schuldform»*, 58 ss., 63.

<sup>16</sup> Nella prassi dei Tribunali italiani la derubricazione da dolo a colpa è effettuata *de plano* e ritenuta non problematica (le radici di ciò risiedono nell'idea che si tratti di due distinti elementi «soggettivi», che non andrebbero a incidere sul fatto processuale, ma si tratta di idea oggi non più sostenibile, anche se in concreto si può verificare spesso una contestazione implicita). In effetti non è sempre così: soprattutto là dove la colpa ritenuta in sentenza sia una colpa *specificata* mai contestata che si va ad innestare su una contestazione solo dolosa. La prevalente giurisprudenza, peraltro, ritiene ammissibile l'individuazione di una colpa specifica «nuova» a fronte di una contestazione di sola colpa generica. Per una attenta valutazione critica di tale indirizzo cfr. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 3836 ss.

per fatto proprio dentro alle singole incriminazioni, non ha nessuna pretesa (nell'interpretazione qui prospettata) di livellare la varietà del mondo nel grigiore di un *esprit géométrique*, né di annacquare le tinte molto diverse, le scale infinite di colori che l'analisi delle fattispecie di parte speciale restituisce alla varietà «soggettiva» dell'agire.

### 3. *Imputazione oggettiva e aumento del rischio: nella colpa, nell'omissione e nel dolo*

L'aumento del rischio era il contrassegno della causalità adeguata ai tempi di von Kries, Traeger, von Hippel, Engisch, ecc.<sup>17</sup> Era un aumento del rischio da valutarsi *ex ante*, che presupponeva che ci fosse, *ex post*, anche una piena *c.s.q.n.* rispetto all'evento. Quell'aumento del rischio tipico dell'adeguatezza causale aveva la funzione di *integrare* la causalità e quindi la presupponeva: selezionava, tra le cause accertate *ex post*, quelle che erano anche pericolose *ex ante*, che realizzavano fattori di rischio i quali, al tempo della condotta, risultavano aumentare le possibilità del verificarsi dell'evento. Tale esigenza di «adeguatezza» è poi confluita nel parametro del superamento del rischio consentito: nella colpa innanzitutto (dove storicamente è stato più elaborato il rischio consentito), e poi anche nel dolo, quando il rischio consentito ha assunto una valenza più generale, di limite di rilevanza delle condotte in genere. Il superamento del rischio consentito, oggi, appare come un requisito generale di tipicità dei fatti penalmente rilevanti, a prescindere dalle classificazioni dottrinali che gli assegnano un posto privilegiato nel reato colposo o talora nelle ipotesi scriminanti.

È questo un primo profilo d'imputazione oggettiva *ex ante*, già segnalato. Esso trova concretizzazione attraverso le regole cautelari della colpa (che, ricostruite in concreto, segnano un livello di rischio adeguato anche al dolo), e pur presentando una valenza selettiva di significato pratico non elevato (molte questioni di «adeguatezza» vanno risolte con parametri d'imputazione meno statistici, come abbiamo visto, come le sfere di competenza, i rischi ubiquitari, il principio di autoresponsabilità della vittima, ecc.), conserva persuasività dogmatica ed equità politico-criminale che solitamente non vengono messe in discussione.

In seguito, poi, è sorta una diversa teoria dell'aumento del rischio, con funzioni molto meno rassicuranti.

Anch'essa è stata inserita, in dottrina, nel contenitore delle temati-

---

<sup>17</sup> Riferimenti testuali in DONINI, *Lettura sistematica*, parte I, 596 ss., 603.



che dell'imputazione oggettiva<sup>18</sup>, perché in effetti aveva a che fare con il problema della realizzazione del rischio, che è un aspetto centrale di quelle teorie.

La sua valenza, però, è di segno profondamente diverso, perché mira a *sostituire* la causalità condizionalistica con parametri di puro rischio, e quindi a trasformare reati di evento in reati di pericolo, dove l'evento è attribuito per il fatto di averne solo accresciuto il rischio, talora anche senza la prova della *c.s.q.n.*<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Su queste due «anime» (e concezioni) profondamente diverse dell'aumento del rischio quale etichetta giuridica rinvio ancora a DONINI, *La causalità omissiva*, 37 ss. Specificamente sull'aumento del rischio nella seconda versione v. altresì CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, 93-174; ID., *La teoria dell'aumento del rischio*, 127 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, 690 ss.; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, 406 ss.; M. ROMANO, *Commentario*, vol. I<sup>3</sup>, Art. 41/36-43 (tutti a favore di questa seconda lettura e applicazione della teoria, quanto meno in relazione ai reati commissivi colposi), e ora, con grandi aperture all'aumento del rischio in certi settori dei reati omissivi (per es. responsabilità medica), FIANDACA, *Riflessioni problematiche*, 6-10 (del dattiloscritto). Per una panoramica recente nella letteratura tedesca, che in maggioranza rifiuta la teoria (pur foltamente rappresentata), ricordo solo ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, § 11/88 ss. e PUPPE, Vor § 13/135 ss., in *Nomos Kommentar*, 368 ss. (entrambi a favore). In quella spagnola (dove la teoria non ha avuto successo), cfr. in chiave critica CORCOY BIDA-SOLO, *Imputación «objetiva»*, 33 ss.; FELTÓO, *Resultado lesivo*, 162 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Relevanz des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei der objektiven Erfolgszurechnung?*, in GIMBERNAT-SCHÜNEMANN-WOLTER (Hrsg.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung*, 37 ss.; ANARTE BORRALLO, *Causalidad e imputación objetiva*, 257 ss., 269 ss., via via con ampi richiami.

<sup>19</sup> L'indirizzo, dopo le importanti ricerche monografiche di Hardwig e di Kahrs (*ante*, Cap. III, nota 8), ha preso le mosse da ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *ZStW*, 1962, 411 ss., poi in ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, de Gruyter, Berlin-New York, 1973, 147 ss. A livello monografico, cfr. sul tema, nella letteratura tedesca, le posizioni critiche di TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992; ERB, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, e in precedenza soprattutto la fondamentale monografia (di segno contrario alla teoria) di ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, L. Röhrscheid Verlag, Bonn, 1965, e per l'Austria quella di BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1974. A livello saggistico, la tematica dell'imputazione oggettiva nei reati colposi (compresa un'adesiva e originale illustrazione della teoria dell'aumento del rischio), in uno stadio già sufficientemente maturo dei suoi sviluppi, rimane ancora oggi illustrata in maniera esemplare e molto chiara, nella letteratura tedesca, in SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelkte*, in *JA*, 1975, 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., 787 ss.

Questa diversa lettura dell'«aumento del rischio» cerca di risolvere un problema che la legge non disciplina espressamente – né in Italia, né altrove, a mia conoscenza – e che riguarda le ipotesi nelle quali è certa una violazione di legge (e quindi anche una colpa a livello di condotta, oppure un comportamento doloso), ma non è provato che cosa sarebbe successo qualora il soggetto avesse agito conformemente al diritto: nel senso che si può dire che egli abbia, sì, accresciuto le probabilità del verificarsi dell'evento, alla luce, però, di un giudizio *ex post* (mentre le teorie dell'adeguatezza apprezzavano l'aumento del rischio *ex ante*, e lo aggiungevano a una causalità *ex post*), ma non è certo che il comportamento alternativo lecito avrebbe evitato l'evento. Ovviamente, se l'evento concreto, nel suo *hic et nunc*, sarebbe stato almeno un po' diverso, non c'è discussione: anche se ho abbreviato una vita umana di qualche giorno, risponderò dell'omicidio commesso perché ho peggiorato la situazione del bene giuridico. Il problema diventa concreto quando davvero è possibile o probabile che si sarebbe verificato esattamente lo stesso evento. Si noti bene che non è in discussione ciò che doveva fare il soggetto al tempo della condotta: si suppone che egli non sapesse e non potesse sapere se la sua condotta era realmente salvifica, ma nondimeno il suo dovere, *ex ante*, era univoco ed egli l'ha violato<sup>20</sup>. *Ex ante*, infatti, bisogna attivarsi per evitare una lesione, anche se le possibilità di salvare il bene sono modeste, e molto

---

<sup>20</sup> DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, 461 ss., 465, interpreta il problema del comportamento alternativo lecito come se riguardasse situazioni di incertezza *ex ante* in ordine al potere/dovere di previsione dell'evento e di evitabilità dello stesso sino al dubbio sulla stessa validità della regola cautelare quando non se ne possa più predicare l'efficacia preventiva (ricorda un po' la posizione adottata su tali profili nel risalente saggio di Spindel sulla causalità: v. *infra*, nota 34). Se così fosse, tutta la problematica sollevata dalle teorie dell'aumento del rischio più recenti valorizzate anche dalla giurisprudenza italiana, quelle *sostitutive della causalità*, svanirebbe d'un colpo solo, risolvendosi nell'inesigibilità di un comportamento «diligente», là dove non consti al tempo della condotta se tale diligenza sia dovuta (il problema non sorge neppure se l'osservanza era certamente inutile, ma solo se era forse inutile). In realtà, come è noto, di fronte al bene-vita sono moltissimi i casi in cui è doveroso intervenire anche solo in presenza di poche possibilità di salvare una persona. Altrettanto sicuro, però, è che nelle costellazioni di ipotesi qui discusse non si tratta di dubbi sulla regola cautelare *ex ante* (è indubbio per es. che non si doveva violare il limite dei 50 km/h, o che si doveva effettuare una certa diagnosi), ma solo sull'evitabilità dell'evento in una valutazione *ex post* (è solo possibile o probabile che la velocità consentita, o la terapia doverosa, avrebbero evitato l'evento). Né si può dire che il punto di vista *ex post* sia circoscritto al tema della causalità della condotta, dovendo anche valutarsi – si tratta del tema centrale dell'imputazione oggettiva, del resto – la *realizzazione del rischio nell'evento*, in aggiunta *alla causazione di quest'ultimo*.

spesso non si dispone di nessuna indagine statistica in merito, né *ex post*, né tanto meno al tempo dell'azione.

Più esattamente, il *fondamento teorico* più suggestivo della *Risikoerhöhungslehre* è che lo scopo della regola cautelare consisterebbe nel ridurre il pericolo della lesione del bene alla misura tollerata del rischio consentito, ma ciò non potrebbe essere apprezzato *ex ante*, dato che è la regola a stabilire i confini del rischio consentito *ex ante*, ed essa, se vigente, va comunque osservata: occorrerebbe, piuttosto, verificarlo anche a posteriori nel confronto con il decorso causale illecito attivato. Ora, se la condotta colposa contiene in sé un rischio maggiore di quello della condotta diligente (anche solo una piccola percentuale), si ha un «aumento del rischio» (valutato *ex post*) che impone un giudizio di responsabilità anche qualora non si sappia per nulla che cosa sarebbe successo: per es. nell'ipotesi anche solo del 10% di *chances* in caso di condotta lecita, a fronte del 5% (rivelatosi poi di fatto inutile) proprio della condotta inosservante, è palese che il comportamento colposo ha aumentato il rischio, oltre a cagionare l'evento.

La teoria dell'aumento del rischio, a tale riguardo, ritiene dunque che anche in caso di dubbio sulla circostanza che l'offesa sarebbe stata evitata, si debba accedere a un giudizio di responsabilità, perché la violazione del dovere (che assumiamo per certa) ha comunque sottratto alla vittima reali possibilità di salvezza: annullando quelle possibilità, ha aumentato il rischio della lesione.

Il primo *punctum dolens* della teoria è che essa viene (in taluni esempi e da parte di alcuni AA.) *applicata a situazioni dove non si sa neppure se la violazione abbia materialmente condizionato l'evento*<sup>21</sup>, oltre a sottrarre alla vittima probabilità di salvezza. In questi casi, se ci si accontenta del solo «aumento del rischio», si punisce una colpa inerente a una condotta che può aver condizionato l'evento, ma senza la prova di ciò.

---

<sup>21</sup> Sull'estensione della teoria anche ai reati omissivi e omissivo-colposi v., per un quadro del dibattito attuale, ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. II, Beck, München, 2003, § 31/46 ss., e nella nostra letteratura, ora, FIANDACA, *Riflessioni problematiche*, 6-10, limitatamente ad alcuni settori che profilano «casi più difficili», come quello sanitario: ma come si fa a limitare una teoria «di parte generale», alternativa alla causalità, ai casi più difficili o solo alla classe medica? E negli altri casi? Chi li distinguerà? Qui non si tratta di concretizzare in modo differenziato e in via ermeneutica una disciplina di legge, ma di derogarla del tutto. La verità è che in settori particolari occorrono normative *ad hoc*, discipline di parte speciale, nuove incriminazioni anticipate, come reati di rischio, magari sottoposti a condizioni di punibilità (v. quanto già osservato in DONINI, *La causalità omissiva*, 62 s., 83 s.).

*Esempio. Mancata diagnosi del tumore.*

Un medico diagnostica erroneamente una patologia e non si avvede di un tumore, che poi produce effetti irreversibili che prescindono del tutto dalle terapie adottate (erronee, perché fondate su un'omessa diagnosi, ma non tali da accelerare o da rallentare, di per sé, il decorso patologico principale). Non si sa, però, che cosa sarebbe accaduto in presenza di una diagnosi e di una terapia corrette. Se si dimostra l'accorciamento della vita del paziente, *nulla quaestio*, si intende, perché tanto basta per l'imputazione dell'evento-morte. In caso di mancata prova del peggioramento della situazione o dell'accorciamento della vita (prova talora ben possibile<sup>22</sup>), resta il dubbio sullo stesso condizionamento materiale dell'evento da parte della condotta imperita, e quindi manca il fatto proprio nel nesso fra condotta ed evento. *Nonostante una condotta «attiva»* (terapia e diagnosi sbagliate di un soggetto che interviene per salvare il bene protetto) la «colpa» *presenta aspetti omissivi assorbenti*, che rendono impossibile stabilire la causalità materiale del comportamento colposo senza definire l'incidenza della condizione impeditiva che il medico ha omesso di attivare. *La giurisprudenza*, del resto, *tende a qualificare come «omissive» tout court queste tipologie*<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Non mi sentirei, pertanto, di sottoscrivere che si tratti di una prova «irraggiungibile» come radicalmente sostenuto da Stella nei suoi ultimi contributi (così, per es., STELLA, *Il giudice corpuscolariano*, Giuffrè, Milano, 2005, 215) in caso di omessa diagnosi di un tumore polmonare, appoggiando l'argomentazione al fatto di mettere in gioco una generosa moltiplicazione di ipotesi congetturali, legate a decorsi del tutto ipotetici (sopravvenienza di polmoniti, embolie, insufficienze respiratorie, ecc.). In realtà, in situazioni ben definite (di patologie tumorali e non) pare possibile che anche in base a una dimostrazione *ex post* (non solo secondo statistiche *ex ante* certo inconferenti) *l'hic et nunc* dell'evento sarebbe stato diverso (migliorativo). Va poi ribadito che non si possono considerare, neppure nella causalità omissiva, i fattori alternativi ipotetici puramente congetturali (ampiamente, al riguardo, lo stesso STELLA, *La descrizione dell'evento. I. l'offesa – Il nesso causale*, Giuffrè, Milano, 1970, 176 ss., 182), ma solo quelli normalmente prevedibili come conseguenza di condizioni già esistenti e note al tempo del fatto (altrimenti si potrebbe anche fantasticare che, durante una terapia debilitante, il paziente avrebbe anche potuto sviluppare una volontà suicida, oppure perdere il controllo della guida dell'autovettura ecc.). Va però parimenti riconosciuto che proprio rispetto a questioni ipotetiche relative a un intero decorso di vita alternativo, la causalità «omissiva» pare ricostruibile solo in caso di vera certezza del miglioramento come risultato ricostruibile a posteriori: ciò complica molto, di fatto, la possibilità dell'accertamento.

<sup>23</sup> Da ultimo Cass., Sez. IV, 15 novembre 2005-27 gennaio 2006, n. 3380. La decisione contiene, peraltro, una *generalizzazione indebita*, che sembrerebbe estendere a tutte le ipotesi di colpa medica una natura «omissiva». La dottrina che invece è orientata similmente, precisa peraltro che di prevalente omissione si può parlare solo in relazione agli interventi medici privi di «azione pericolosa», o pericolosi in quanto non attivano condizioni impeditive. Cfr. per es. F.

*In moltissimi casi di responsabilità medica* si tratterà di ipotesi analoghe, dove il soggetto non si è rifiutato di intervenire, ma ha curato male omettendo la diligenza o la perizia, non attivando condizioni negative (= salvifiche) dell'evento. Solo conoscendo l'efficacia impeditiva certa della condotta alternativa (le condizioni salvifiche non attivate) si verificherà l'efficacia causale effettiva della condotta reale: il giudizio non è un mero condizionale ipotetico, perché ci informa sul significato antigiuridico della condotta reale, che ha sì prodotto la causazione non significativa di effetti terapeutici inutili (per es. ha curato male, con un placebo, invece di somministrare l'antitetanica), ma nello stesso tempo ha annullato un *iter* salvifico.

Qui, in realtà, sostituendo al comportamento colposo reale una condotta diligente, se la risposta rimane dubbia o aperta, sappiamo solo che l'evento, o quell'evento nel suo *hic et nunc, era evitabile*, ma non che *sarebbe stato evitato* con probabilità vicina alla certezza. E dato peraltro che qui *la condotta reale non ha causato nulla di significativo*, manca la stessa prova del nesso 'basico' di condizionamento rispetto al risultato.

È questo il significato, ormai noto anche in Italia, nel quale il comportamento alternativo lecito riguarda il profilo «omissivo» della responsabilità o della colpa<sup>24</sup>.

*In questi casi la colpa va trattata come l'omissione*, perché la condotta reale non ha introdotto condizioni positive dell'evento, non ha prodotto nuovi fattori cinetici o situazioni di rischio, limitandosi ad alterare un'eziologia già avviata e indipendente, mentre è la condotta (*rectius*, la diligenza) «omessa» che non ha attivato condizioni negative-impeditive. Per conoscere le vere conseguenze giuridicamente rilevanti della condotta colposa attiva, in tali casi, occorre accertare il compiuto decorso causale ipotetico del comportamento alternativo lecito. Se non ci si riesce, vale la regola probatoria del dubbio su un elemento costitutivo del reato: il nesso oggettivo di condizionamento non è provato.

---

MANTOVANI, *Diritto penale*, PG<sup>4</sup>, 184. In realtà, sono casi dove la condotta inosservante, quella reale, è sempre potenzialmente rilevante per verificare se abbia avuto effetti, a differenza dei reati autenticamente omissivi, dove ciò che il soggetto ha fatto in alternativa (*aliud agere*) non può svolgere un rilievo causale se ha ... veramente «omesso».

<sup>24</sup> Sul momento omissivo della colpa, in vario senso, fra gli altri, GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, 90 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, 144 ss.; DONINI, *La causalità omissiva*, 55 ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, 453 ss., e i principali commenti alla sentenza Sezioni Unite Francese del 2002. V. sul punto anche l'ampio commento di VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II. *I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale*, 242 ss.

Le espressioni più radicali delle *teorie dell'aumento del rischio*, di contrario avviso (salvo posizioni dottrinali successive che hanno corretto tale approccio) hanno sostenuto – *anche* in casi come questo – che sarebbe sufficiente accertare un mero «aumento» del rischio, ovvero che consti, *ex post*, che l'azione «omessa», o diligente (per es. la corretta diagnosi), avrebbe consentito alcune *maggiori* possibilità di evitare l'evento che la condotta storicamente tenuta, viceversa, ha annullato. Esse o non distinguono fra azione ed omissione, oppure non distinguono fra causazione colposa attiva e omissione colposa.

Il risultato è dunque davvero, in questi casi, quello di *trasformare reati di evento in reati di pericolo*, dove l'evento funziona come una sorta di condizione di punibilità<sup>25</sup>.

*Anche nel dolo*, peraltro, quest'accezione dell'aumento del rischio ha trovato un campo di applicazione. Ciò è accaduto soprattutto in ordine al contributo del partecipe nel concorso di persone, sostenendosi da alcuni, anche a sostegno di certi indirizzi giurisprudenziali (rimasti comunque minoritari), che basterebbe un qualche volontario innalzamento del rischio dell'evento quale apporto specifico del partecipe, per accollargli l'intero fatto di concorso, senza prova di un reale condizionamento dell'esecuzione e/o della realizzazione del fatto tipico<sup>26</sup>.

Orbene, *tutte queste impostazioni sono state rigettate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*: dapprima, a proposito dell'omissione e della colpa, nella sentenza Franzese del 2002, che ha ribadito il contrasto delle teorie dell'aumento del rischio – nella parte in cui *sostituiscono* il nesso di condizionamento con un rapporto di mero rischio – con i principi di legalità e di personalità della responsabilità penale, trasformando reati di evento in reati sottoposti a condizione di punibilità<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Questa obiezione classica alle teorie «moderne» dell'aumento del rischio, contenuta nello studio di ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg*, 134 ss. e ripresa fino ai nostri giorni dalla prevalente letteratura tedesca, mi pare dunque insuperata limitatamente, almeno, ai casi omissivi e di colpa omissiva. Per le altre ipotesi, invece, dove l'aumento del rischio non è così pregiudizievole in quanto si risolve nel giudizio di evitabilità della colpa commissiva, v. il par. seguente.

<sup>26</sup> Su tali correnti dottrinali (in Italia, per es., PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Giuffrè, Milano, 1966, 48 ss.; ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, 403 ss., a prescindere da altri indirizzi che rinunciano al requisito della causalità), v. ampiamente DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, spec. 221-233; G. GRASSO, in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II<sup>3</sup>, Giuffrè, Milano, 2005, sub art. 110/30-55, 114/2-5, con altri richiami.

<sup>27</sup> V. ancora Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II,

Più di recente, poi, anche nel concorso di persone, sempre le Sezioni Unite (sentenza c.d. Mannino)<sup>28</sup>, hanno ribadito l'importanza decisiva di un nesso di condizionamento pieno, condizionalistico, del partecipe, rigettando totalmente anche qui i tentativi di trasformare il suo apporto in un contributo di pericolo.

Non è che le soluzioni raggiunte siano del tutto appaganti, è vero. *Alcune questioni restano aperte.*

*Nella colpa*, per es., come già anticipato, esistono casi nei quali c'è un sicuro nesso di condizionamento fra condotta ed evento. Non si sa, tuttavia, che cosa sarebbe successo in ipotesi di condotta diligente. Qui i problemi restano tutt'oggi molto incerti (e anzi troppo poco discussi). Ad essi è dedicato il par. che segue.

Anche nelle condotte omissive o colpose con componente omissiva prevalente, quando si disponga di leggi solo statistiche, dovendosi confrontare un decorso reale non causale con un decorso ipotetico a base probabilistica (tale essendo la legge di copertura), può risultare difficile la prova particolaristica della causalità individuale, a meno di incidenze altrimenti dimostrabili come sicure sull'*hic et nunc*.

La stessa non definitività delle soluzioni va registrata per il concorso di persone, dove le possibili deroghe all'imputazione causale sono risolvibili *altrimenti* che con le teorie dell'aumento del rischio. La materia fuoriesce dai limiti di questo intervento, ma il criterio puramente causale, da solo, lascia spesso insoddisfatti, e le diverse proposte dottrinali di integrarlo o di sostituirlo, esprimono incontrovertibilmente questo disagio<sup>29</sup>.

---

601 ss. Queste conclusioni erano già tutte state anticipate nel mio saggio *La causalità omissiva*, compreso il richiamo all'utilizzo di leggi causali con frequenze statistiche medio-basse in relazione alla causalità in generale, non in relazione a quella omissiva in particolare (e sempre sul presupposto, condiviso dalle Sezioni Unite, dell'accertamento in concreto di una causalità particolaristica, con una indagine concreta che escluda quindi altre possibili concause esclusive, ma che escluda anche il richiamo a puri valori statistici).

<sup>28</sup> Cass., Sez. Un., 12 luglio-20 settembre 2005, n. 33748, Mannino, in *Diritto & Giustizia*, 2005, n. 39, 68 ss.

<sup>29</sup> Raccogliendo alcune istanze provenienti anche da queste correnti, ho affrontato il tema (dopo un precedente saggio del 1984), nel tentativo di difendere il più possibile il parametro causale *de lege lata*, ma evidenziando alcune circoscritte ed espresse possibilità alternative *de lege ferenda*, in DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, in AA.VV., *La riforma del codice penale. La parte generale*, a cura di DE MAGLIE e SEMINARA, Giuffrè, Milano, 2002, 139 ss. (anche in ID., *Alla ricerca di un disegno*, Cedam, Padova, 2003, 315 ss., spec. 324 ss.).

4. Segue. *Il problema aperto del comportamento alternativo lecito, fra causalità della colpa e causalità della condotta*

Abbiamo visto che *le teorie dell'aumento del rischio*, in vari casi (di causalità omissivo-colposa, oltre che nel concorso di persone), sostituiscono la causalità con parametri alternativi. Ciò non può che avvenire *contra legem*, trasformando reati di evento in reati di pericolo sottoposti alla condizione di punibilità del verificarsi di un risultato solo probabilisticamente condizionato.

Esistono *tuttavia altre ipotesi, rispetto alle quali le teorie dell'aumento del rischio* hanno fornito un contributo teorico e pratico rilevante per il chiarimento del significato giuridico vero del criterio dell'«evitabilità» nei reati commissivi colposi<sup>30</sup>. Essendo l'evitabilità un criterio normativo-oggettivo d'imputazione del fatto tipico colposo (sul presupposto di una indiscussa violazione di una cautela esigibile e dovuta al tempo del fatto), esso riguarda un aspetto di quella che abbiamo definito l'imputazione oggettiva in senso lato<sup>31</sup>. Vediamo di approfondire questo problema ancora tanto controverso.

La sentenza delle Sezioni Unite sulla causalità omissiva e le opere monografiche o saggistiche incentrate sulla causalità, sulla sua prova, sul sapere scientifico, ecc., che ne sono gemmate, hanno lasciato *ancora irrisolto uno dei problemi giuridici più difficili che la giurisprudenza sulla c.d. causalità omissiva, e più spesso sulla causalità della colpa nei reati colposi, aveva adombrato*. Su tale problema – che possiamo definire quello della causalità della colpa e dell'evitabilità dell'evento da parte del comportamento alternativo lecito<sup>32</sup> –, fino a tempi recenti, la letteratura italiana sembrava avere trovato un consenso solo perché si era occupata di *casi facili*<sup>33</sup>.

I casi facili, in questa materia, sono quelli dove è certo che un de-

---

<sup>30</sup> Si consenta di rinviare, per una specifica indagine sul concetto di evitabilità, a quanto approfondito in DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 435-449.

<sup>31</sup> In senso lato, perché a rigore si tratta di un parametro normativo d'imputazione della colpa (e quindi d'imputazione di una componente anche soggettiva del fatto). Esso concerne, però, la responsabilità per fatto proprio e suppone che non sia in discussione la colpa come violazione di una cautela, ma piuttosto il problema successivo del rapporto di rischio tra la violazione e l'evento cagionato. In tal senso si tratta di un parametro d'imputazione oggettiva in senso lato (v. *ante*, Cap. I, par. 1).

<sup>32</sup> Coglie bene l'emersione e la rilevanza di questo problema irrisolto, dopo Cass., Sez. Un. del 2002, TRAPASSO, *Imputazione oggettiva e colpa tra «azione» ed «omissione»: dalla struttura all'accertamento*, in *Indice pen.*, 2003, 1225 ss., 1240 s.

<sup>33</sup> Sull'importanza di utilizzare il concetto (di matrice anglo-americana) di casi facili e casi difficili per impostare le questioni interpretative, mi sono soffermato in DONINI, *Il volto attuale*, 156 ss., 159 ss.



terminato evento si sarebbe verificato egualmente e in modo identico, ovvero è certo che si sarebbe verificato con diverse, rilevanti modalità rispetto all'*hic et nunc*. Ovvie qui l'assoluzione nel primo caso e la condanna nel secondo.

Prendiamo il noto *caso della novocaina*.

Un anestesista utilizza per errore un prodotto a base di cocaina (assolutamente vietato, ipotesi certa di errore sanitario), anziché quello a base di novocaina, prescritto dai protocolli. Il paziente, un bambino di dieci anni affetto da un'ipersensibilità ai narcotici dovuta a una rara forma di malformazione della ghiandola timolinfatica, muore. Si accerta a posteriori (è l'ipotesi modificata dalla dottrina) che sarebbe morto egualmente – medesimo *hic et nunc*, più o meno – se gli fosse stato somministrato il farmaco «protocollato», perché la reazione alla narcosi in sé sarebbe comunque risultata letale.

Ci riferiamo per ora in primo luogo alla versione più facile del caso per come modificato dalla dottrina, non a quello storico, che è più complesso, come vedremo<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> All'epoca di questo caso classico tratto dalla decisione 15 ottobre 1926 del Reichsgericht tedesco (RG 1 D 555/26), il sanitario fu condannato perché si ritenne che l'evento non fosse inevitabile (solo la prova positiva che la morte non sarebbe stata evitata avrebbe giovato all'imputato, secondo il Reichsgericht). Cfr. il commento molto analitico (il più informato ed esaustivo, nella miriade di opinioni espresse sulla base di conoscenze spesso di seconda mano) di SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, 65-74 (che conclude, seguendo Eb. Schmidt, per un giudizio di piena responsabilità rispetto al fatto storico, e per una situazione necessitata di paralisi del giudizio di responsabilità – una sorta di scusante – nel caso che si potesse sapere che anche l'uso della novocaina avrebbe prodotto sicuramente la morte, sì che sotto tali presupposti sarebbe stata interdetta anche la novocaina in quanto «colposo» il suo stesso impiego), e la soluzione assolutoria più oggettivizzante di ENGISCH, *Die Kausalität*, 66 s. di fronte all'ipotesi (assunta teoricamente) dell'inevitabilità dell'evento da parte del comportamento conforme alle regole del rischio consentito, per assenza di «realizzazione del rischio» illecito. Il caso trova commento nella principale letteratura tedesca (soprattutto fino a qualche anno fa) in materia di colpa o d'imputazione oggettiva, nel segno della soluzione abbozzata da Engisch (e prima ancora da Exner e altri), di assenza di un rapporto di causalità (o di antidoverosità) fra colpa ed evento. Nella nostra letteratura cfr. anche i commenti di CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, 97 ss., 103, 135, 171, e di FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, 679-685. Così modificato il caso, ci si può «divertire» a trovare la motivazione giusta, ma la soluzione non cambia. Il problema vero, come detto nel testo, concerne la situazione in cui, come è stato ritenuto nel processo di merito ed emergeva dagli atti, non si possa affermare, se non con apprezzabili (e neppure altissime, nella fattispecie) probabilità, che l'evento sarebbe stato evitato da parte dell'osservanza della regola protocollata (solo deficitaria, ma non azzerata, in termini di capacità prevenzionale rispetto al rischio reale).

*Inquadramento giuridico*: il medico non risponde della morte perché, pur essendo formalmente in colpa sul piano del disvalore di azione e dell'inosservanza (*ex ante*), il «fatto colposo» non si esaurisce nell'inosservanza di una regola di condotta, ma in un giudizio sul nesso tra disvalore di azione e di evento. Nella fattispecie, a tale riguardo, il comportamento alternativo lecito, e dunque l'osservanza della cautela, non avrebbe avuto esito migliore, sì che l'evento non esprime la realizzazione della colpa. Dunque la colpa non si è materializzata nell'evento, in quanto la diligenza non sarebbe servita a migliorare le cose. La colpa *ex ante* c'è senz'altro come disvalore sia soggettivo e sia oggettivo d'azione: anche se possiamo dire che l'evento lesivo era «imprevedibile» per il miglior agente modello che fosse ignaro (come era logico che fosse) dell'ipersensibilità del paziente, tuttavia il protocollo non è stato rispettato...per negligenza o imperizia e c'era un rischio socialmente rilevante sulla base del giudizio *ex ante* (giudizio *ex ante* a base «parziale», non certo a base totale). L'osservanza del protocollo, infatti, aveva socialmente (e dunque oggettivamente) un senso in rapporto ad *altri tipi di rischi* (non identificabili in concreto) rispetto a quello effettivamente verificatosi e realizzatosi. Rispetto al rischio realizzatosi, però, forse la stessa osservanza del protocollo, a un osservatore che avesse conosciuto il fattore di rischio, sarebbe parsa imprudente. Ciò che veramente manca, dunque, non è la colpa come inosservanza soggettivamente esigibile e obiettivamente dovuta partendo dalle conoscenze disponibili *ex ante*, ma il *rapporto di rischio* fra regola violata, condotta inosservante ed evento: l'osservanza della regola era inutile e a una valutazione del rischio a base totale sarebbe stata da mettere in dubbio la sua stessa validità. A mancare è il nesso di evitabilità e di rischio tra regola pur sempre «vigente» *ex ante* e risultato concreto. Un giudizio compiuto sul rapporto di rischio, come si comprende, deve basarsi anche su elementi conoscibili *ex post* (anche se operanti al tempo dell'azione).

Il caso diventa più *difficile*, allorché non si possa dire con certezza (come in effetti non si poteva dire nella fattispecie storica che originò il caso) se l'impiego del farmaco prescritto avrebbe evitato l'evento: con certezza, o anche solo con apprezzabili probabilità, soprattutto conferendo al paziente *chances* che avrebbero modificato in meglio i tempi di sopravvivenza, e dunque, in ogni caso, *l'hic et nunc* dell'evento.

La *causalità della condotta* qui, è *fuori discussione*: il paziente è storicamente morto in quel modo (dovuto a reazione alla *cocaina*) e in quel giorno per effetto di quell'intervento chirurgico e di quell'anestesia, anche se – magari – sappiamo che la legge statistica asseriva che (ipotizzo a scopi argomentativi) solo lo 0,03% dei pazienti presentava un rischio di formazione abnorme di una ghiandola timolinfatica e che, anche in tal caso, solo una determinata percentuale dei pazienti

rischia un esito letale. A posteriori, però, pur utilizzando leggi statistiche riguardanti l'effetto dannoso dell'anestestico interdettato (cocaina), possiamo escludere altre cause, cioè escludere con ragionevole certezza che la morte sia dovuta a fattori (esclusivi) diversi dalla somministrazione di quell'anestestico: la legge statistica utilizzata presenta invero un coefficiente non certo universale, ma è di sicuro impiego processuale a fronte dell'assenza di cause alternative esclusive – nel senso che si accerta ragionevolmente che quelle cause non ci sono, non nel senso che si sa che ci potrebbero essere, ma non le abbiamo potute identificare<sup>35</sup> –, e dunque è ben possibile una prova particolaristica del nesso causale, pur in forza di leggi statistiche (e non «universali») di questo tipo, utilizzabili soprattutto in caso di condotta attiva, e con margini più problematici in caso di condotta omissiva<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> *La differenza è decisiva*: una cosa è poter (ragionevolmente, si capisce) verificare l'insussistenza di concause esclusive note, altra cosa è sapere che (ragionevolmente, plausibilmente) ci sono state cause ignote effettivamente operanti e potenzialmente esclusive, ma senza che le sappiamo identificare: in questo secondo caso rimane un dubbio rilevante sulla causalità della condotta, e si impone dunque un proscioglimento. Qualora si dubiti della scienza e si affermi che essa non sa mai, in caso di leggi statistiche, se ci sono cause alternative note (perché semplicemente le ignora), si esigono certezze assolute estranee sia al sapere scientifico e sia al giudizio di responsabilità: tutto può diventare una caccia alle streghe, se lo commisuriamo col sapere di cento anni più tardi, ma di questo passo dovremmo fondare il diritto penale al massimo su norme di mero comportamento, e costruire l'evento, sempre, come una condizione di punibilità o al massimo come una circostanza aggravante. C'è invece una ragionevole possibilità di mantenere una scalarità nella prova di questi tre istituti: c.o.p., circostanza aggravante, evento costitutivo (cfr. DONINI, *La causalità omissiva*, 84 s. e nota).

<sup>36</sup> Non è quindi possibile seguire Stella, quando vuole escludere (cambiando opinione) le leggi statistiche dall'accertamento causale *sia commissivo che omissivo* (*ex plurimis*, STELLA, *Il giudice corpuscolariano*, 2005, 76 ss., 101 ss.; Id., *Giustizia e modernità*<sup>3</sup>, 2003, 398 ss.; Id., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, spec. 1080 s.; Id., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 767. *Contra*, Id., *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1975, 311-315). *Cominciando con la colpa commissiva*, poco importa che si tratti di leggi statistiche dal coefficiente medio-alto o medio-basso, se *ciò che conta non è il coefficiente, ma il contesto dell'esclusione di altre cause nella spiegazione di un evento particolare*. Ne avevo trattato in *La causalità omissiva*, 47 ss., 72 ss., parlando espressamente dell'utilizzabilità anche di leggi statistiche di valore «medio-basso» (*ivi*, 47, 73), ma non certo da sole e come parametri generalizzanti (tanto meno in caso di omissione in senso stretto), e le Sezioni Unite, nella sentenza Franzese, hanno ripreso da quel passaggio (ritengo, anche perché vedo nella sentenza la traccia di numerosi altri 'passi' di quel mio scritto) il rife-

Non c'è quindi un problema di causalità della condotta, ma un problema di *causalità della colpa*.

L'espressione «*causalità della colpa*» – corrispondente alle espres-

---

rimento letterale ai coefficienti medio-bassi. Quando Stella, dopo aver polemizzato a varie riprese e in distinti contributi contro il richiamo a quel tipo di coefficiente statistico, affronta finalmente il *caso della suora bosniaca*, svela un probabile fraintendimento, sia nella tesi che critica e sia nella propria ricostruzione. A proposito della suora infetta da virus HIV a seguito di stupro (STELLA, *Il giudice corpuscolariano*, 77-79), afferma Stella che si può raggiungere la *prova particolaristica* della sussistenza del nesso eziologico senza far ricorso a una legge meramente statistica sulla trasmissibilità del virus a seguito di un solo rapporto non protetto (le statistiche più recenti si richiamano in genere a una probabilità di contagio nell'ordine dello 0,1-0,2% dei casi, per un singolo rapporto sessuale a rischio), ed esige che si individui una nuova legge causale, che di per sé non si richiami a nessuna delle statistiche scientifiche note. Suppone infatti l'illustre A. che vi sia un contagio non già legato al rapporto sperma-mucosa-sangue (dove il coefficiente statistico è quello già segnalato), ma alla prova di un contagio dove si riesca a dimostrare la catena di quasi tutti i 'passaggi' concreti e particolari del caso che dimostrano che il virus ha necessariamente infettato la donna, perché (e solo se) c'è stato un contatto diretto non solo fra lo sperma e la mucosa o sue lacerazioni, ma anche fra il sangue del violentatore (che doveva presentare ulcere) e quello della vittima (che presentava lesioni da trauma vaginale). Orbene, una tale «soluzione», proprio perché presentata come obbligata e obbligatoria per la prova, risulta essere una vera forzatura, in quanto vuole rinunciare – *tutelando di fatto non le vittime ma gli imputati colpevoli* – all'impiego di leggi statistiche che possono funzionare perfettamente da sole senza prove «visuali» di contatti ematici: infatti, se si esige il rapporto sangue-sangue, si impone una legge quasi universale, che però vale solo in caso di emotrasfusione da portatore di virus HIV, dove vi è un contagio (neppure del 99%, ma) vicino al 95%, mentre già in caso di scambi di siringhe infette le probabilità sono inferiori all'1%... Non è vero che solo in caso di doppie e reciproche ulcere e lacerazioni si possa «provare» il contagio. Questa è una presunzione *iuris et de iure*, una sorta di prova legale *a contrario*. Peggio: un divieto di prova! Non mi pare, francamente, che gli «errori esiziali» rimproverati alle tesi contrarie siano invece esenti da tale impostazione. Se fosse vero ciò, non esisterebbe neppure la legge statistica che indica nella misura dello 0,2-3% la probabilità che un rapporto sessuale non protetto produca un contagio veicolato anche solo dal seme del portatore. Nell'esempio di Stella, del resto, non si nega che vi sia stato anche un contatto tra sperma e sangue. Senonché, una legge quasi universale, per il rapporto sangue-sperma, non c'è. Se si prescinde dalla legge scientifica di valore statistico medio-basso, in realtà, e poi si dice che il nesso siamo in grado di accertarlo comunque, di quale legge, di grazia, facciamo uso? In realtà, Stella non dice neppure che si debba utilizzare la legge statistica (di altissima percentuale) riguardante le emotrasfusioni, dato che nella fattispecie non ricorre una trasfusione. E quindi si immagina di inventare una «nuova» (sic) legge causale del caso concreto che ipotizza il contagio (sempre? quasi sempre? con quale percentuale?) quando un'alta quantità di virus nel sangue del portatore viene a contatto con il sangue del partner sessuale (*ivi*, p. 79). In realtà, la soluzione è ben diversa. Il

sioni tedesche «*Kausalität der Pflichtwidrigkeit*», «*Kausalität der*

---

valore dell'accertamento rimane sicuro, ma per l'appunto – *protestatio facto contraria inutiliter data* – anche se abbiamo usato una legge statistica di valore molto basso, e non importa se non abbiamo la prova 'visiva' del contagio da sangue a sangue. Questa prova non è affatto richiesta. Infatti, una volta verificate le abitudini e lo stile di vita della vittima, credere alla possibilità 'astratta', in alternativa al contagio sperma-mucosa-sangue (ammesso che un contatto diretto da sangue a sangue non sia provato), di altre cause esclusive di *quell'* infezione, dopo *quella* violenza, da parte di *quel* portatore del virus, solo perché ipoteticamente configurabili, significa volere proprio dire alla vittima che si rivolga a qualche assicurazione sulla vita ... *Il discorso sarebbe diverso in caso di leggi statistiche relative a patologie multifattoriali incerte* come tumori ecc., *dove nessuna delle possibili concause è mai stata (o è agevole che sia) provata essere causa sicura di un evento individuale, ma non è questo il caso dell'AIDS.* Certo, comprendo che, individuato un errore «esiziale» di questo tipo, buona parte della costruzione più recente di Stella – *quanto meno nella sua assolutezza di ricorso a leggi quasi universali* – ne rimanga inficiata (e anche alcuni altri esempi adottati – non certo tutti – presentano fallacie probatorie «per eccesso» condizionate da un angolo visuale esclusivamente difensivistico favorevole all'imputato, non rispetto alla posizione della vittima). Non posso, peraltro, che prenderne atto. Tutte le difficoltà che l'illustre Maestro solleva a tale riguardo sono di ordine *probatorio*, e sono spesso solo problemi *di fatto*, o di *motivazione della prova*, di volta in volta almeno in parte controvertibili alla luce degli elementi concreti di un fascicolo processuale, ma non riguardano lo statuto della causalità dal punto di vista del diritto penale sostanziale, che resta per me esattamente scolpito nel suo libro del 1975 su *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*. Una replica efficace alle posizioni più recenti di Stella, diversamente argomentata, trovasi, proprio in relazione all'esempio della suora bosniaca, in PULITANÒ, *Gestione del rischio*, 2006, spec. 789-794. Più in generale, a sostegno dell'impiego di leggi statistiche, v. anche le conformi riflessioni di PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1037 ss., spec. 1039-1041; *Id.*, voce *Causalità (rapporto di): il nesso di condizionamento*, in *Enc. dir., Annuario*, Giuffrè, Milano, 2006, par. 4 (del dattiloscritto); DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 61 s.; CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1193 ss., 1198; DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 654, 687 s. Le leggi statistiche sono, sia pur con *diversa utilità concreta, utilizzabili anche nei casi di causalità omissiva pura e omissivo-colposa* (*contra*, peraltro, in un saggio acuto, MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 493 ss., spec. 497 ss., anche se limitatamente a queste ultime ipotesi omissive; analogamente a Masera, sul punto, VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in corso di stampa, e già implicitamente i rilievi, alla sentenza Francese del 2002, di VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, 284 ss.), perché un attento riferimento all'*hic et nunc* dell'evento può consentire (si vedrà, caso per caso) di apprezzare l'incidenza di una causalità ipotetica probabilistica (per es. la diagnosi e la cura tempestiva di una patologia

*Fahrlässigkeit*» che si fondano sul § 222 StGB<sup>37</sup> –, si giustifica, nel di-

maligna, a fronte di una terapia prescritta «ininfluente» o di un'omessa diagnosi nel determinare con certezza un evento diverso e posteriore (e dunque, nell'esempio, se non la sopravvivenza del paziente, comunque un decorso causale migliorativo). *L'obiezione, però, ha un suo peso pratico* (v. quanto già osservato in *La causalità omissiva*, 73): se io non ho cause alternative da confrontare con l'omissione, perché la condotta omissiva non ha «cagionato», ma solo tralasciato di impedire una causalità naturale certa, e se la condotta «salvifica» risulta impeditiva sulla sola base di una legge statistica (una terapia efficace, per es., solo nel 60% delle ipotesi), io *non avrò mai la prova sicura della causalità omissiva rispetto al risultato dell'impedimento dell'evento concreto, dato che la legge impiegata rapporta la sua percentuale al concetto di genere* (per es. vita/morte, opp. lesione/guarigione) e vale come causalità generica, percentuale ex ante, nulla apportando al bisogno di certezze ex post nel caso concreto: salvo che utilizzi leggi statistiche quasi universali (in tali limiti e con riguardo alla causalità omissiva in senso stretto, l'argomentazione di Stella è sicuramente di grande valore conoscitivo per la quantità dei casi che analizza: cfr. STELLA, *Il giudice corpuscolariano, passim*; ID., *Causalità omissiva*, cit.). Tuttavia, in vari casi concreti è possibile che l'introduzione di distinti fattori eziologici diversi da quelli reali, per quanto solo di valore statistico (non quasi universale) rispetto al risultato finale da impedire (vita vs. morte), presentino insieme una *incidenza certa sui tempi e i modi del verificarsi dell'evento concreto*: non importa qui che si discuta di causalità attiva od omissiva, perché se la legge statistica non può assicurare la salvezza del bene, tuttavia le concrete modalità dell'intervento ne avrebbero sicuramente prodotto il miglioramento sulla base di *vari elementi di giudizio complementari* da valutarsi ex post (giudizio ipotetico-controfattuale). Potrà sembrare poco il mero miglioramento dei tempi di vita, ma nei reati colposi con evento a distanza, una volta consumata la violazione, il disvalore del risultato presenta componenti di fortuito sempre umanamente imbarazzanti. La colpa non è lì, lì c'è l'evento, che imputiamo a colpa sulla base di «nessi» accertabili ex post. Sul requisito del «peggioramento» della situazione del bene giuridico in relazione ai decorsi causali ipotetici, cfr. SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, 96 ss. (e qui il criterio ispirato all'*Intensivierungsprinzip*).

<sup>37</sup> Cfr. sul tema ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg*, 25 ss., 56 ss., 104 ss. e *passim*. In questo lavoro di Ulsenheimer, anche se ormai un po' risalente, si può trovare l'informazione più completa sullo stato di un dibattito intensissimo (del tutto sconosciuto alla nostra dottrina) già dispiegato negli anni Sessanta in Germania. Un'analisi compiuta richiederebbe da sola una monografia. In realtà, il codice penale tedesco, mentre non contiene una definizione della colpa nella parte generale (§ 15), a proposito dell'omicidio colposo richiede che sia causato «mediante colpa» («*durch Fahrlässigkeit den Tod ... verursacht*»: così il § 222 StGB, oggi, come anche prima della riforma del 1975) e ciò ha in realtà alimentato le teorie dominanti della «causalità della colpa», o del nesso di antidoverosità, che si oppongono alle più recenti e minoritarie teorie dell'aumento del rischio, per esigere (per un giudizio di responsabilità) la prova piena che l'evento (pressoché certamente) non si sarebbe verificato in caso di condotta diligente: e questo sia in caso di colpa omissiva (come è ovvio) e sia in caso di colpa più chiaramente commissiva (restando d'altronde molto controversa tale distinzione).

battito italiano, in base alla *lettera dell'art. 43 c.p.* («il delitto è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento...si verifica *a causa di* negligenza, imprudenza o imperizia, o *per* inosservanza di leggi, regolamenti, ecc.»), che *vincola la soluzione del nostro problema in maniera differente da quanto avvenga in altri ordinamenti*, i quali non dispongono di una norma come questa. Tale dato normativo, in definitiva, *preclude soluzioni come quelle del puro aumento del rischio*, che si accontentano di una (qualsiasi) maggiore probabilità di salvezza (valutata *ex post*) in caso di comportamento alternativo lecito<sup>38</sup>.

L'espressione legislativa, peraltro, va intesa *cum grano salis*: essa *non significa che la colpa sia uguale all'omissione* e che dunque si esiga la prova della (probabilità confinante con la) certezza che la condotta osservante avrebbe evitato l'evento. Questo non è richiesto nella colpa commissiva.

In realtà, *la colpa è «causale» se spiega l'evento*, e ciò accade quando:

a) questo è stato comunque cagionato dalla condotta del soggetto, inosservante di cautele esigibili e dovute;

b) la condotta alternativa diligente o prudente obbediva a una *ratio* preventiva adatta al caso, anche se non assicurava *ex ante* nessuna certezza di evitare quel tipo di evento;

c) l'evento (almeno nel suo *hic et nunc*) era dunque *evitabile* da parte del comportamento conforme alla cautela doverosa. L'evitabilità dell'evento, nella *colpa commissiva*, e perciò inerente a una condotta comunque causale, significa che ci sarebbero state significative probabilità di evitarlo, che se si dovessero precisare (anche *de lege ferenda*) dovrebbero essere non tanto *maggiori* di quelle che l'inosservanza lasciava al bene protetto (non basta il 10% contro il 5%), quanto *maggiori* del 50%, rendendo la salvezza del bene più probabile che no (v. *infra*).

La situazione è *diversa* nella *colpa omissiva* (e *nell'omissione tout court, come vedremo, con estensione applicativa anche in caso di dolo: infra, par. seg.*): se non si può distinguere fra causalità della colpa e causalità della condotta, perché la colpa consiste in un comportamento sostanzialmente «omissivo», dove cioè non si sono attivate condizioni negative, impeditive dell'evento, senza introdurre fattori di rischio che abbiano comunque condizionato l'evento in positivo, sarà giocoforza costruire la causalità della colpa *come* quella dell'omissione, dato che esse si sovrappongono, e l'accertamento dell'evitabilità coinciderà con quello della *c.s.q.n.*, esigendo perciò una risposta certa e non probabilistica su che cosa sarebbe successo: l'incertezza, in tal

<sup>38</sup> Esattamente, pur senza soluzioni «quantitative» e lasciando aperta la soluzione, MARINUCCI, *Non c'è dolo*, 24 s.

caso, o l'impiego di una legge puramente statistica di valore solo probabilistico per casi «di genere» (causalità generale, non particolaristica), sarebbe un dubbio sulla causalità della condotta (quella ipotetica, l'unica possibile), prima ancora che sulla c.d. causalità della colpa.

*Il discorso esige quindi una distinzione fra colpa commissiva e colpa omissiva*<sup>39</sup>.

##### 5. *Colpa commissiva, evitabilità, e criterio del «più probabile che no»*

Questo tema è centrale per comprendere che il ruolo dell'evento nel reato colposo non è sempre lo stesso. Il reato colposo non è una realtà unitaria, perché conosce forme diverse di colpa e d'imputazione<sup>40</sup>.

Il «paradigma dominante», in realtà, afferma che nella colpa l'evento non ha *mai* niente a che vedere con le condizioni di punibilità. Ciò non è completamente esatto<sup>41</sup>, perché l'evento non realizza il rischio attivato dalla condotta sempre nello stesso modo e con lo stesso grado di certezza (laddove nelle c.o.p. esula del tutto un'ascrizione dell'evento al rischio illecito della condotta). I penalisti, d'altro canto, non hanno quasi mai affermato, almeno fino a tempi recentissimi da noi, che nella colpa si richiederebbe sempre la prova certa che l'evento (nell'*hic et nunc*) non si sarebbe verificato in caso di condotta osservante.

<sup>39</sup> Discorso che non può essere affrontato qui se non con gli esempi paradigmatici già proposti. La distinzione tra fare e omettere, sulla quale esistono molti studi, soprattutto in lingua tedesca (Wolff, Engisch, Spindel, Roxin, Volk, Struensee, Hruschka, Stoffers, ecc.: per un quadro sintetico ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. II, § 31/69 ss.; PUPPE, Vor § 13/4 ss. in *Nomos Kommentar*, Bd. I<sup>2</sup>, 420 ss.), costituisce un vero crocevia per molte questioni generali e dovrà essere approfondita in future ricerche.

<sup>40</sup> Ampiamente, DONINI, *Teoria del reato*, 341 ss., 349 ss.; ID., voce *Teoria del reato*, 286 ss., e qui il riferimento all'arbitrarietà di definizioni generali a dizionario (della colpa come del dolo e di altre nozioni di teoria generale), per essere più rispondenti a una realtà molteplice l'uso di definizioni «a enciclopedia».

<sup>41</sup> Cfr. in materia CASTRINUOVO, *La colpa penale: aporie e definizioni*, Bologna, 2004 (ed. provv.), 87 ss., 111 ss. La circostanza che il 'peso' dell'evento, nel reato colposo, possa essere molto diverso, rappresenta per me una dimostrazione sul campo (ma ce ne sono molti altri) dell'errore delle teorie troppo «generali» che ipotizzano risposte sempre unitarie ai problemi sollevati dagli istituti giuridici. Qui come in molti altri casi le *definizioni a enciclopedia* sono più vere delle *definizioni a dizionario*, e la «differenziazione» è più vicina alla giustizia che non un'ideologia egualitaria tesa a livellare i concetti. Volendo, sul punto, cfr. la mia voce *Teoria del reato*, 286 ss., nonché ID., *Il volto attuale*, IX s., 1 ss.; ID., *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea*, in corso di pubblicazione.



Invece, è stata sempre *molto più diffusa la concezione* che esige che, *per andare esenti* da responsabilità colposa, quando si è cagionato l'evento (causalità della condotta) e si è comunque violata una cautela, si debba provare in positivo che l'evento si sarebbe verificato sicuramente allo stesso modo. In caso di dubbio, rimarrebbe la responsabilità del trasgressore<sup>42</sup>. Viceversa, *per rispondere* del reato colposo, bastano colpa, causazione e possibilità di evitare la lesione osservando una cautela.

Questo indirizzo che (si noti) accomunava dottrina e giurisprudenza, era poi ulteriormente avvalorato dalla (erronea) posizione giurisprudenziale sulla causalità omissiva che, applicando l'aumento del rischio alle condotte realmente omissive, l'estendeva *a fortiori* anche alle condotte commissive di ogni tipo.

In uno scritto sulla causalità omissiva del 1999 ho sollevato più chiaramente la questione, proprio mentre intendevo dimostrare principalmente l'incostituzionalità e l'illegalità della posizione generalizzata della giurisprudenza dominante (prima delle Sezioni Unite del 2002) sulla causalità omissiva (un'etichetta, dato che riguardava anche molte ipotesi commissive), che trasformava la causalità in aumento del rischio e reati di evento in reati di pericolo sottoposti a condizione obiettiva di punibilità.

In quello scritto distinguevo nettamente le ipotesi nelle quali – accertata o indiscussa la colpa a livello della condotta, come inosservanza di una cautela che intende prevenire il tipo di evento verificatosi – la condotta colposa non cagiona l'evento o non c'è la prova certa che lo cagioni, dalle ipotesi in cui quella prova (della causalità *della condotta*) c'è<sup>43</sup>.

*I casi dove la causalità della colpa si può distinguere con chiarezza dalla causalità della condotta sono solo una parte dei casi di colpa*<sup>44</sup>.

*Esempi.*

*Caso del mesotelioma pleurico da amianto.* Nei processi ancora in corso, a fronte di una malattia professionale come il mesotelioma pleurico (dipendente per lo più, ma non sempre, da esposizioni all'amianto), prima di ascrivere al datore di lavoro la colpa di non aver adottato cautele esigibili in presenza di una lavorazione con l'amianto ancora consentita (fino agli anni Ottanta del secolo scorso), occorrerà provare

<sup>42</sup> Per una ricostruzione di questa tradizionale posizione cfr. di recente GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2005, 4107 ss., spec. 4116 ss.

<sup>43</sup> *La causalità omissiva*, 75-80 (e 54-60).

<sup>44</sup> Lo riconosce ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, 1291, nota 45, pur da posizione critica rispetto a quella sostenuta da chi scrive.

che la malattia o la morte sono state la conseguenza dell'esposizione del lavoratore. Esistono solo leggi statistiche e occorrerà escludere possibili concause esclusive rispetto all'*hic et nunc* dell'evento. Ammesso che questo sia stato provato, si potrà discutere sull'evitabilità dell'evento da parte del «comportamento diligente» (che all'epoca era rappresentato da misure cautelari diverse dal radicale non utilizzo dell'amianto, di per sé ancora consentito). Sono qui ben distinguibili la causalità della condotta dalla causalità della colpa.

*Caso dell'eccesso di velocità.* Riprendendo l'esempio già formulato (*ante*, Cap. I, par. 6), si pensi all'automobilista che investe in pieno centro, a 75 Km/h, un altro veicolo. A seguito dell'impatto e dello spostamento dell'auto investita, anche un ciclista, che passava vicino a quest'ultima, si sposta lateralmente per non essere colpito, ma cade riportando lesioni guaribili in 30 giorni. Si appura *ex post* che se il primo automobilista avesse proceduto alla velocità di 50 Km/h, l'incidente si sarebbe verificato egualmente (anche se con minore impatto), e vi sono probabilità apprezzabili (per es. nell'ordine del 60% o del 70%) che il ciclista avrebbe riportato le medesime lesioni. Anche qui la causalazione attiva è indiscutibile e si distacca nettamente dalla causalità della colpa.

Si noti una differenza. Nel caso del mesotelioma si ipotizza che il datore di lavoro abbia «omesso» delle cautele, ma ha anche cagionato una malattia con la materiale e positiva distribuzione della sostanza pericolosa. Non avrebbe senso dire che chi avvelena qualcuno omette di salvarlo, o che la malattia polmonare è stata prodotta da un'omissione, così come non avrebbe senso affermare che il conducente investitore ha omesso di impedire l'incidente, quando invece l'ha cagionato con fare attivo. Contrariamente a ciò che accade negli esempi ora formulati, quando c'è un'omissione in senso stretto (per es. artt. 40 cpv., 328, 693 c.p.), oppure quando il soggetto, pur agendo in positivo, ha davvero solo omesso una cautela, perché prevale la componente «omissiva» della colpa (casi, dunque, di omissione vera, oppure di *culpa in agendo*, ma con significato assorbente di omissione di cautele impeditive, tipiche peraltro delle ipotesi di negligenza), è frequente che la condotta attiva, quella reale, non abbia «cagionato» nulla di significativo. Ciò avviene tutte le volte in cui la colpa consiste nel non aver attivato condizioni salvifiche, cioè «condizioni negative» dell'evento (= che lo negano, che lo impediscono o lo possono impedire) e tuttavia il comportamento attivo reale rimanga indifferente, neutro rispetto all'evento, che si verifica «per conto proprio», perché il soggetto, pur agendo in modo commissivo, non tiene la condotta realmente salvifica: è la situazione classica delle omesse diagnosi, delle omesse informazioni o delle terapie farmacologiche inutili, perché sbagliate o produttive di effetti che non interferiscono nel condizionare in positivo l'evento infausto. Anche vari interventi chirurgici «omessi» o manche-

voli, che non creano un rischio nuovo, ma cercano di eliminare una patologia in atto, possono tralasciare una misura o una tecnica necessaria per impedire l'esito infausto (per es. omettono un'analisi, non adottano una tecnica migliore che sarebbe stata decisiva per effettuare un intervento utile), e sono riconducibili a questo paradigma.

Se si afferma, in tali ipotesi, che il medico ha «cagionato perché ha operato», non si dà una spiegazione del nesso di rischio fra colpa ed evento: *avere semplicemente operato è un atto di per sé «salvifico» e non «dannoso»*. Se l'intervento dunque non serve, ma lascia avanzare la patologia preesistente, l'evento risulterà «cagionato» quando si dimostri che la condotta diligente o perita l'avrebbe scongiurato o ritardato, perché quella reale, se non ne individuiamo un profilo colposo causalmente rilevante l'ha solo ... lasciato accadere. È quindi indispensabile un giudizio ipotetico per accertare causalità della condotta e della colpa *insieme*, ed è giocoforza esigere una probabilità confinante con la certezza agli effetti di entrambe le questioni, che qui *coincidono*: infatti, se non si dimostra la causalità piena del comportamento alternativo lecito, quello impeditivo, che avrebbe attivato le condizioni negative, non c'è prova di nessuna causazione, né da parte della condotta, né da parte della colpa. Il profilo omissivo della colpa resta prevalente anche in questi casi.

A differenza di tali costellazioni, esistono altre ipotesi, invece, nelle quali come detto è possibile accertare una sicura e significativa causalità materiale da parte della condotta, di per sé colposa (v. gli esempi del mesotelioma e dell'eccesso di velocità), senza che si sappia con certezza che cosa sarebbe successo tenendo il comportamento diligente o prudente.

È qui che ho ritenuto di interpretare la prassi tradizionale e il sentire comune dell'imputazione colposa, richiedendo non già – come faceva sempre la letteratura dominante – che per andare assolti si debba dimostrare la sicura inevitabilità comunque dell'evento, ma neppure, all'opposto, che, per essere condannati, si debba dimostrare con certezza che l'evento sarebbe stato diverso, e cioè dimostrare l'infallibilità di un decorso ipotetico salvifico. Si tratta, piuttosto, di *evitabilità*, della rilevante probabilità di evitare l'evento.

Ecco, come sostenuto in altra occasione<sup>45</sup>, su un punto come questo sarebbe *opportuna una scelta legislativa*, perché in sua assenza rimane soltanto la definizione del codice penale del 1930, la quale è sempre stata interpretata, in più di settanta anni di vigenza, in modo di-

---

<sup>45</sup> DONINI, *Considerazioni critico-costruttive sul principio di colpevolezza* (già in *Critica dir.*, 1999, 414 ss., con titolo diverso) in *Id.*, *Alla ricerca di un disegno*, spec. 246 s.

verso da come suona<sup>46</sup>, e quindi oggi, per rivoluzionare quell'interpretazione, non si può certo sostenere credibilmente che essa è stata tradita per settanta anni, e solo adesso avremmo capito in nome della «legalità» che andava letta *ab origine* in maniera opposta a come è stata letta sempre. La scelta, qui, ha un'innegabile componente politico-criminale: come si ammette che le condizioni di punibilità dovrebbero essere espressamente indicate, altrettanto espressa dovrebbe essere la disciplina di un criterio d'imputazione così rilevante per far propendere la qualificazione dell'evento verso l'elemento costitutivo o verso la c.o.p.

*Che cosa significa, infatti, «rilevante probabilità di evitare l'evento» da parte del comportamento alternativo lecito quando la condotta reale sia comunque stata causale?* Abbiamo sostenuto in precedenza che la probabilità deve essere rilevante, ovvero importante, significativa, e non certo minima, perché nel nostro ordinamento si esige che l'evento si verifichi «a causa» della colpa<sup>47</sup>. Se un'indicazione quantitativa appare insensata, oltre che impraticabile nel processo, è perché il senso della validità della regola cautelare violata è che la sua osservanza deve mantenere un significato salvifico vero, non di pure differenze percentuali rispetto a quello (magari modestissimo) che la violazione stessa avrebbe consentito. Tale significato consente dunque raffronti, e il giudizio di causalità «della colpa» ammette una risposta affermativa *finché le probabilità di salvare il bene siano significativamente superiori in caso di condotta diligente*. Questo potrebbe essere il senso di una disciplina più tassativa e certa che non esiga certezze impraticabili (come la dizione «a causa» della colpa potrebbe suggerire).

*Esempio.*

Assumiamo che, «riavvolgendo il film» del decorso reale, si possa ritenere che il comportamento colposo effettivo fosse orientato *inevitabilmente* alla lesione, sì che qualunque decorso alternativo con *chances*

<sup>46</sup> Cfr. ancora il ricordato studio di GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito*, cit.

<sup>47</sup> DONINI, *La causalità omissiva*, 78; ID., voce *Teoria del reato*, 285; ID., *Illecito e colpevolezza*, 445-449. In sostanza, *de lege lata*, è una posizione che si differenzia da quella di CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, 144-146; ROMANO, *Commentario nel diritto penale*, vol. I<sup>3</sup>, Art. 41/41-43; FORTI, *Colpa ed evento*, 659 ss., per i quali l'aumento del rischio parrebbe poter essere anche di modesto significato (in teoria, parrebbe bastare anche il 1-2% di probabilità in più o in meno). Nel lessico seguito da chi scrive non è tanto l'aumento del rischio a trovare parziale accoglimento là dove sia certa la causalità della condotta, quanto un giudizio di evitabilità probabilistico, che si spinge però verso la prognosi relativa al fatto che l'offesa sarebbe risultata realmente e significativamente evitabile, e anzi «più» probabilmente evitata.

di salvezza sarebbe stato preferibile. Il richiamo a «qualunque decorso alternativo» (per es. il 5% di probabilità in più) appare peraltro troppo poco: la regola cautelare, in tal caso, resta «vigente» e non solo violata, ma non si può dire che la colpa *spieghi* l'evento. Si può anche ipotizzare che il decorso reale e lesivo, rivalutato *ex post*, conservi l'80% di *probabilità di cagionare* l'evento (e quindi pur sempre un 20% di possibilità di evitarlo): esso non lo ha prodotto in modo «necessitato» (le cose potevano anche andare altrimenti, pensando per es. a una diversa reazione della vittima o di terzi), e potrebbe continuare a non produrlo in maniera inevitabile ma, appunto, con un coefficiente dell'80%. Benché possa sembrare arbitrario assegnare al decorso reale lesivo probabilità di salvezza che ha dimostrato di non valorizzare, continuiamo ad assegnargli quelle che teoricamente avrebbe, perché sono ipotetiche anche quelle del decorso alternativo. Dall'altra parte, ipotizziamo che il comportamento alternativo lecito presenti, a confronto con quello colposo, un coefficiente di *probabilità di evitare* la lesione ben maggiore (per es. il 60-70%) di quello del comportamento illecito (che lascia solo il 20% di possibilità di salvezza): qui non ci sono dubbi nel raffronto tra un 20% molto teorico (sconfessato nei fatti) e un 60-70%. Orbene, per dire che l'evento è veramente stato condizionato dalla colpa *dovremmo sempre esigere la prova di una significativa e maggiore evitabilità da parte del comportamento alternativo*. In caso contrario (per es. aumento del 5% di *chances*) l'osservanza della regola cautelare si sarebbe presentata come più salvifica, ma non si potrebbe dire, a fronte del vigente art. 43 c.p., che nell'evento si è materializzata la colpa, che l'evento si è verificato «*a causa*», *ma solo «in presenza», della colpa*. *De lege ferenda*, occorrerebbe specificare l'esigenza di un'evitabilità significativa e maggiore e mi sentirei di suggerire il *criterio del «più probabile che no»* ( $\geq 50\%$ )<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> *De lege ferenda*, il richiamo al «più probabile che no» mi pare che assicuri al criterio una certezza sufficiente. Nel permanente silenzio del legislatore esso potrebbe venire introdotto dall'interprete. Tale criterio è stato ben illustrato da STELLA, *Giustizia e modernità*<sup>3</sup>, 308 ss., 318 ss., in rapporto a tematiche di rapporto causale e *c.s.q.n.* (o causa *but for*) in generale, dove la formula del più probabile che no (utilizzata dalla giurisprudenza civilistica americana) riempie la risposta al quesito della *condicio sine qua non* con un giudizio probabilistico sulla stessa causalità basica: lì si sostituisce la probabilità maggiore alla certezza del nesso di condizionamento. Nelle ipotesi qui formulate, invece, il discorso è ben diverso, come si comprende: assumiamo una piena causalità attiva (*c.s.q.n.*) – mentre nell'omissione e nella colpa prevalentemente omissiva si esige comunque una piena condizionalità, coincidendo lì i profili della causazione ipotetica e del comportamento alternativo lecito – e un giudizio ulteriore e selettivo di evitabilità dove è *più probabile la salvezza, anziché il pregiudizio*, del bene da parte del comportamento alternativo lecito: ci sono dunque più del 50% di probabilità di salvarlo, e non è semplicemente più probabile di quanto sia avvenuto in caso di condotta negligente (se così fosse, basterebbe un «aumento» dell'1% tra una probabilità dello 0,1% e una dell'1,1%).

*Non è essenziale sapere che cosa sarebbe esattamente successo*<sup>49</sup>, a parte il caso della sicura inevitabilità della lesione e dunque dell'impossibilità della cautela di sortire effetti: perché *il senso della cautela doverosa è che fosse utile*, là dove si sappia che la condotta colposa ha cagionato la lesione e la negligenza ha peggiorato in modo decisivo ( $\geq 50\%$ ), la situazione del bene.

Una soluzione di questo tipo è molto più rigorosa di quella che la nostra dottrina tradizionalmente esige, e si armonizza bene anche con le *regole cautelari improprie*, cioè con le cautele che non mirano a eliminare del tutto un rischio, ma solo a ridurlo (rimanendo una quota di rischio «consentito» ineliminabile), sì che il comportamento alternativo lecito non potrebbe consistere necessariamente (secondo la *ratio* cautelare) in una certezza di escludere l'evento, perché non si ipotizza affatto un obbligo (o un onere) di azzerare il rischio di esso<sup>50</sup>.

Così definito, il parametro ha una sua capacità di orientamento sicura, più tassativa, e non obbliga necessariamente a misurazioni insensate per eccesso (la doppia «certezza» del nesso reale e anche del fatto che lo si sarebbe evitato in ipotesi), o malferme per difetto (quanto «significative probabilità»? anche se molto minori di quelle di cagionare comunque l'offesa? Basta il 3% in più, o il 10%?). Non solo. Così precisato il criterio dell'evitabilità, si può ancora dire che l'evento si è verificato «a causa» (non solo della condotta colposa, ma anche) della colpa, e non «in occasione» di quest'ultima. L'evento si è verificato *per colpa* in quanto la sicura causazione materiale è stata così condizionata dalla colpa che senza la condotta storica – comunque lesiva – ci sarebbero state rilevanti probabilità di evitare la lesione secondo un giudizio *ex post* (in forza dei dati disponibili *ex ante* ci si sarebbe comunque dovuti comportare altrimenti) o di giungere a un esito migliorativo.

La responsabilità, inoltre, *non si fonda su un dato ipotetico, ma reale*: reale la colpa *ex ante*, reale la causazione da parte della condotta, reale (di spessore) l'evitabilità, e quindi il materializzarsi della colpa nell'evento, perché quell'evento è segnato in misura importante dal comportamento colposo, soprattutto se si dovesse accogliere il criterio del «più probabile che no».

Ecco, io non credo affatto che l'evento, a queste condizioni, sia un simulacro delle condizioni obiettive di punibilità – che non richiedono

---

<sup>49</sup> Per un'affermazione radicale dell'irrilevanza di tale prova v. già ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg*, 171.

<sup>50</sup> Per l'incidenza di questa tipologia di regole cautelari c.d. «improprie» sulla soluzione del nostro problema cfr. VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie» nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, Padova, 2003, 221 ss. e *passim*.

un giudizio di evitabilità di questo tipo, né di causalità adeguata, di superamento di un rischio consentito, ecc. –, e non penso neppure che l'autore del fatto si senta colpito dal caso, o si debba sentire responsabile solo perché è stato sfortunato. Non più di quanto incida il caso allorché l'evento si sarebbe sicuramente verificato, ma solo qualche giorno più tardi o con una diversa intensità, e allora pacificamente riteniamo provato il 'nesso di rischio', l'evitabilità, ecc. Sono valutazioni *ex post* sulle quali il soggetto può solo dire, *in entrambi* i casi: mi è andata bene o mi è andata male, ma in entrambi i casi sa che la sua colpa è la medesima e che la società tollera di non punirlo quando l'evento è mancato, quando non l'ha cagionato e anche quando era più probabile che comunque la condotta doverosa non servisse a evitarlo. Non invece quando era più probabile che sarebbe stato evitato.

La vera colpa soggettiva, la rimproverabilità soggettiva, si è consumata prima, e nessun giudizio *ex post* potrà mai né aumentarla, né diminuirli. Però non incentriamo il rimprovero penale sul solo disvalore di azione, in quanto l'evento è non solo cagionato, ma reso più inevitabile dalla colpa commessa di quanto sarebbe stato in assenza di essa.

È vero, quindi, che senza un nesso materiale fra condotta ed evento manca lo stesso fatto oggettivo, ma senza un nesso probabilistico più intenso di evitabilità mancherebbe lo specifico nesso di rischio che la colpa esige. Sarebbe però assurdo dire a chi ha cagionato l'evento e violato le cautele dirette a prevenirlo: sei fortunato, c'era il 20% di probabilità che l'evento si verificasse lo stesso (anche se ce n'erano 80% che l'osservanza lo scongiurasse, molte di più di quelle che l'inosservanza consentisse). *Per questo motivo* ti mandiamo assolto... Se già la colpa non può mai crescere di un grammo per effetto di accertamenti *ex post*, il fondamento di una responsabilità penale non dovrà essere completamente abbandonato alle difficoltà probatorie relative a ipotesi controfattuali che vadano al di là di una prognosi postuma la quale si aggiunga alla provata causazione. Avremo così un bilanciamento equo fra disvalore di azione e di evento<sup>51</sup>, mentre *esigere la prova certa ex post della salvezza alternativa del bene, pur obiettivamente lesa, significa fare dipendere la responsabilità dal caso, altrettanto che costruire l'evento come condizione di punibilità.*

Compreso ciò, non mi pare neppure che siano pertinenti, ma *solo suggestive, le obiezioni* secondo le quali «*converrebbe omettere anziché*

---

<sup>51</sup> Uno dei meriti più rilevanti delle teorie dell'imputazione oggettiva è stato quello di approfondire l'esigenza di un equilibrio tra disvalore d'azione e d'evento, a partire dall'importante scritto di Detlef Krauß del 1964 (*Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht*, in ZStW, 1964, 19 ss.). Riferimenti in DONINI, *Letture sistematica*, 632 ss.

*agire*» data la diversa portata del rigore probatorio dell'evitabilità nei due casi<sup>52</sup>.

Innanzitutto, non si tratta di due ipotesi di eguale evitabilità: in un caso, infatti (*causalità omissiva o equiparata*), si discute del nesso materiale di condizionamento, mentre nell'altro (*causalità della colpa in presenza di sicura causalità della condotta*) questo nesso è già accertato. Abbiamo visto, inoltre, che – se ci si preoccupa della classe medica, tanto negletta dalle attenzioni politico-criminali della dottrina, mentre i giudici per vent'anni le applicavano la teoria «pura» dell'aumento del rischio – *una larga parte dei comportamenti medici* colposi vanno ricondotti al *paradigma della mancata adozione di condizioni negative* e dunque *trattati come l'omissione*, se non hanno profili di causalità attiva apprezzabile. Lì il dubbio sul nesso condurrà sempre all'assoluzione, e dunque non «conviene» affatto omettere. Nei casi, invece, in cui il sanitario tenga un comportamento incisivo sull'eziologia, introducendo nuovi fattori di rischio operanti, determinando un decesso, una lesione, ecc. non per non aver adottato una terapia, una tecnica, una diagnosi, ma attraverso un'azione imperita, per aver usato male un farmaco, uno strumento, davvero non vedo perché si possa sentire discriminato da una prova probabilistica pregnante dell'evitabilità, quando è però certo che la morte o la lesione sono conseguenza del comportamento attivo. In questi casi, anzi, sarà anche più agevole la verifica dell'evitabilità piena dell'evento o del suo *hic et nunc* da parte del comportamento alternativo lecito, perché si dovrà sostituire al comportamento attivo errato che ha causato l'evento una condotta diligente: e quindi si eliminerà mentalmente il comportamento *reale*, percependo subito l'entità del suo valore eziologico.

---

<sup>52</sup> Così EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa*, 1061 ss.; ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, 1287 ss., che richiedono la certezza di evitare l'evento per addebitare la colpa, anche in caso di sicura causalità della condotta attiva. V. pure, nel senso della certezza di evitare, GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, 4135 ss., che (senza assegnare ad Eusebi la sua giusta paternità, nel nostro dibattito, di una tesi che è da decenni dominante nella prassi dei tribunali tedeschi, ma non di quelli italiani) attribuisce a Marinucci una posizione conforme a quella proposta da Eusebi. Si tratta credo di un fraintendimento, dato che nei lavori editi non è possibile ravvisare una chiara opinione in tal senso da parte di Marinucci (v. anzi *Non c'è dolo*, 24-25, nota 67, e gli AA. ivi richiamati, tutti favorevoli a soluzioni probabilistiche non quantificate). Nel senso sostenuto da chi scrive (al di là delle prospettazioni ora suggerite *de lege ferenda*) v. anche VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie»*, 20-38, 172 ss., 223; NAPPI, *Guida al codice penale*, 246-248; BLAIOTTA, *La ricostruzione del nesso causale nelle esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, 801 s. Con qualche maggiore perplessità, in precedenza, sempre BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, 212 s.





## CAPITOLO V

### L'IMPUTAZIONE OGGETTIVA NEI REATI DOLOSI

SOMMARIO: 1. Imputazione oggettiva e dolo. Commiato dallo zio ricco. – 2. Omissione dolosa e decorsi causali ipotetici. – 3. Il nesso di rischio tra responsabilità oggettiva e *aberratio*. – 4. Reati dolosi a forma vincolata e con evento a distanza. – 5. L'esempio della bancarotta patrimoniale ... e di quella societaria. – 6. I delitti contro l'incolumità pubblica e l'imputazione oggettiva.

#### 1. *Imputazione oggettiva e dolo. Commiato dallo zio ricco*

Il reato doloso costituisce da sempre un terreno di scontro per i critici dell'imputazione oggettiva. L'obiezione fondamentale è che l'imputazione oggettiva è modellata sui reati colposi e non ha senso volerla estendere al dolo. In presenza di dolo, dunque, l'imputazione oggettiva (e quindi una selezione normativa dei rischi e una valutazione del loro oggettivo realizzarsi nell'evento) non servirebbe, perché se c'è dolo la *selezione* dei rischi già la compie *di fatto* la condotta sostenuta dall'intenzione o dalla decisione contro il bene giuridico, che non sarà mai una condotta affidata a soglie di rischio socialmente irrilevanti<sup>1</sup>. Non servirebbe una *selezione giuridica ex ante*, dato che il realismo degli attori è già tanto operoso ed efficace, da agire solo quando esiste una qualche *chance*, mentre se non ci fosse idoneità già opererebbero le norme sul reato impossibile, sul caso fortuito, sulle concause sopravvenute o sull'inidoneità del tentativo<sup>2</sup>. Non servirebbe poi *neppu-*

---

<sup>1</sup> V. anche, riconoscendo tali aspetti della scarsa importanza *pratica* del tema della selezione dei rischi irrilevanti nel reato *doloso*, almeno quando si ha di fronte un evento cagionato e voluto (perché la punibilità del tentativo inidoneo nel sistema tedesco rende la situazione diversamente apprezzabile a livello di mera condotta), FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand*, 729 s.; JAKOBS, *La imputación objetiva*, 99, entrambi peraltro difendendo il valore *giuridico* di una selezione obiettivo-normativa dei rischi, a prescindere da dolo o colpa.

<sup>2</sup> In effetti, nel codice penale del 1930 abbiamo molte norme, sul punto, ma

re una selezione giuridica *ex post*, perché o l'evento non si sarà realizzato, oppure, se nell'evento cagionato non si è realizzato ciò che il soggetto ha voluto, basterà stabilire che non c'è dolo, appunto, e non che manca l'imputazione «oggettiva» del dolo, o del rischio doloso<sup>3</sup>. Anche il tema dello sfruttamento doloso delle conoscenze superiori (*ante*, Cap. III, par. 2) trova qui un fertile terreno di discussione.

Talora si ammette che optare per la soluzione «oggettivistica» nelle ipotesi dolose prive di rischio socialmente rilevante è più persuasivo che scegliere la soluzione soggettivistica (che fonda l'assoluzione sulla mancanza di dolo), ma si conclude che comunque si tratta di casi lontani dalla prassi, sì che l'importanza pratica della teoria, in queste costellazioni di ipotesi, appare assai modesta<sup>4</sup>.

Queste obiezioni sono comprensibili, anche se infondate, rispetto alla selezione dei rischi *ex ante*, e quindi rispetto al tema del rischio consentito o del superamento del livello di rischio oggettivamente rilevante (che occupa una parte dell'imputazione oggettiva in senso stretto), mentre appaiono palesemente destituite di ogni fondamento rispetto al tema della realizzazione nell'evento del rischio illecito, secondo il punto di vista *ex post* (che riguarda una parte dell'imputazione oggettiva in senso stretto e tutta l'imputazione oggettiva in senso lato applicata al fatto doloso).

Si tratta, inoltre, di obiezioni modellate solo sui *delitti dolosi a forma libera*, e che trascurano il vasto settore dei reati dolosi *a forma vincolata* (v. di seguito il par. 4), dove le modalità espresse o implicite del tipo selezionino anche un tipo di rischio.

Tanto per incominciare, non è vero che i problemi d'imputazione oggettiva (in senso lato) emergenti nella colpa siano uguali (e ugualmente risolti) rispetto alle ipotesi dolose corrispondenti. *Sono uguali solo i problemi d'imputazione oggettiva «in senso stretto»*, la cui soluzione è comune e unitaria. Si richiama, a tale riguardo, quanto già det-

---

proprio questo dato ci dovrebbe suggerire di costruirci attorno una categoria dogmatica, che ne esprima e valorizzi il significato e la funzione dentro al sistema, anziché rifiutare la categoria..... perché ci sono le norme.

<sup>3</sup> Per es. v. le critiche elaborate da ARM. KAUFMANN, *Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?*, 251 ss., 258; STRUENSEE, *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, 38 s., 46; KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, spec. 91 ss.; MARINUCCI, *Non c'è dolo*, 7 ss., 25 ss.; M.A. RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva*, 155 ss., 310 ss., 329 ss., 388 ss.

<sup>4</sup> H.J. HIRSCH, *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva*, 750-756, 768. Il finalismo, da sempre, per alcune situazioni più estreme, ha offerto la chiave di lettura dell'*adeguatezza sociale*, e la ripropone ancora oggi in via residuale, rispetto alla selezione offerta dal «tipo» soggettivamente qualificato. V. i richiami *ante*, Cap. I, nota 36 e Cap. II, nota 12.

to sul rischio consentito e sulle concause, sia su quelle preesistenti e concomitanti e sia su quelle sopravvenute, essendo aspetti di valenza generale.

Nella vita quotidiana, purtroppo, capitano di frequente casi che sono al limite tra la connivenza e la complicità, dove il problema del livello di rischio attivato è decisivo per definire la tipicità della condotta.

*Caso della connivenza col tossicodipendente-spacciatore.*

Francesca convive con un tossicodipendente. Sa bene dove finiranno i soldi che gli passa o gli presta. Sa anche che il *partner* spaccia per procurarsi la droga. La sua convivenza, però, sarà anche connivenza, ma non diventa complicità se non si distacca dal livello di condotte della vita quotidiana «neutrali» e ordinarie<sup>5</sup>, per orientarsi più specificamente verso un contributo intenzionale o diretto a una determinata condotta tipica.

Sono questi *problemi di tipicità*, si potrebbe dire. Verissimo. Ma riguardano il nesso di rischio tra un dolo molto indeterminato (diremmo che non è ancora un vero dolo) e uno specifico fatto altrui che non è ancora «fatto proprio». Qui, tra l'altro, non sempre la categoria dell'adeguatezza sociale appare sufficiente, e neppure quella del reato impossibile. Il rischio consentito esprime meglio e più precisamente la via per l'inquadramento di vari casi come quelli ipotizzati, che attonano all'identità del rischio, della condotta tipica e dell'elemento soggettivo *insieme*.

Il discorso si allarga quando l'azione dolosa tipica si innesta su comportamenti che il diritto civile, amministrativo, o il costume sociale disciplinano a monte: nella truffa come nel riciclaggio, nella violenza sessuale come nell'abuso d'ufficio o nei reati economici, non si farà fatica a trovare esempi di condotte «sulla soglia» di un rischio non più consentito, che si decidono alla luce di parametri sociali o obiettivi, non solo alla luce di indagini psichiche. Si rammenti il caso già commentato della bancarotta preferenziale (*ante*, Cap. II, par. 5). Se tali problemi sono stati affrontati *finora solo a livello di parte speciale*, ciò è dipeso da ragioni comprensibili: a) perché mancava una categoria più specifica di parte generale nella quale inserirli: la tipicità è nozione così generica da rimandare integralmente alla singola fattispecie, in effetti; la stessa antiggiuridicità (e dunque il raf-

---

<sup>5</sup> Sul tema cfr. WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerliche neutrale Handlungen*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, 7 ss., 107 ss. (spec. sull'imputazione oggettiva in questi casi); AMBOS, *Beihilfe durch Alltagshandlungen*, in JA, 2000, 721 ss.

fronto con gli altri rami dell'ordinamento) è stata troppo a lungo occupata soprattutto da problemi di scriminanti in senso stretto, più che da questioni di rischio consentito, ancor meno nel dolo; b) perché il nesso di rischio è spesso tipizzato attraverso le modalità che la norma di parte speciale ha selezionato oltre l'antigiuridicità generale del fatto. E dunque la soluzione davvero risente molto dell'interpretazione delle singole incriminazioni, potendo utilizzare argomenti di tipo non «generalista», ma specifico e differenziato a seconda dei reati, incentrati non solo sul rischio di un evento, ma sul significato del tipo.

Notiamo subito, dunque, che i problemi «di rischio» posti dai reati dolosi non si riducono certo a quelli suggeriti dal *caso scolastico dello zio mandato nel bosco* nell'imminenza di un temporale dal nipote avido di ereditarne le sostanze affinché si prenda un fulmine, e che farebbero pensare che si tratti della-teoria-che-serve-a-spiegare-quello-che-tutti-sanno, cioè perché il nipote che ha mandato lo zio nel bosco non risponde dell'evento mortale fortunosamente prodotto dal fulmine, in coincidenza con le sue speranze o intenzioni. Ovvio, infatti, che il nipote sarebbe assolto (anzi, non sarebbe neppure indagato) anche senza una «teoria» come questa. Ciononostante è corretto affermare che, prima del dolo, viene meno qui la rilevanza obiettiva del rischio attivato, che non potrebbe sorreggere né colpa, né dolo<sup>6</sup>.

Per quanto in letteratura (o nella didattica) si continui talora a leggere o riferire con molta frequenza questo esempio, che rischia di apparire paradigmatico per l'imputazione oggettiva (e soprattutto per i suoi compiaciuti detrattori), si tratta di un caso così attratto nella sfera di competenza dei pensieri e dell'etica dell'intenzione, anziché delle azioni, che finisce per spiegare solo un aspetto della differenza fra il diritto e la morale. Va anche ammesso che la traduzione manualistica o didattica dei problemi posti dalla categoria, nel dolo ma anche nella colpa, non è semplice. A volere ridurre troppo la sua complessità, però, si corre il rischio di nascondere una quantità di problemi seri e importanti, anche se variegati, di valenza sistematica trasversale, oggettivi in senso stretto e in senso lato, come si è visto. E soprattutto c'è il rischio di ridicolizzare un impianto teorico che ha una vera sostanza politica, e non riguarda solo questioni accademiche (benché qualcuna lo sia, è vero, ed è giusto che ci siano anche quelle), e benché non riguardi solo aspetti frequenti della prassi giudiziaria, ma alcuni rilevanti sì.

---

<sup>6</sup> Per tutti, ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, § 11/44-46.

## 2. Omissione dolosa e decorsi causali ipotetici

Abbiamo visto che nei reati dolosi l'imputazione oggettiva è uguale ai reati colposi solo in rapporto agli aspetti che riguardano effettivamente il momento oggettivo del fatto tipico, ciò che nel fatto tipico non è segnato da dolo e colpa: per es. il rischio consentito, la causalità, le concause. Nel dolo, invece, non è lecito chiedersi se si può mandare assolto l'imputato perché se non avesse agito l'evento (da lui cagionato e voluto) si sarebbe verificato egualmente, per es. per l'intervento di fattori naturali o umani «sostitutivi». Nei reati commissivi dolosi non c'è un comportamento alternativo «lecito» diverso dalla pura omissione della condotta vietata. Non ci si chiede, di fronte a una normale azione dolosa, quale fosse la *ratio* della «regola cautelare violata» per vedere se c'è congruenza tra l'inosservanza e il tipo di evento realizzato. Tutto ciò è irrilevante, perché soprattutto chi agisce con intenzione sbaraglia ogni cautela, e non può essere «raffrontato» a parametri che suppongono un atteggiamento di rispetto verso il bene: ciò che sarebbe successo in caso di «inazione» non interessa l'ordinamento, perché quando si è rapinato, violentato, concusso o anche solo truffato la vittima, non interessano i decorsi causali alternativi, la storia fatta con i «se», ecc. Si doveva «omettere» l'azione e basta. Anche nel dolo eventuale, il rischio accettato supererà di regola quello della colpa e chi l'ha voluto (il rischio e l'evento) è un tipo di agente qualitativamente diverso dall'agente modello che la colpa suppone. In caso di reato colposo di evento, invece, le domande prima poste sarebbero doverose.

Qui la differenza soggettiva fra dolo e colpa risulta centrale per differenziare i criteri d'imputazione e l'aver confuso i due piani, da parte di vari sostenitori dell'imputazione oggettiva, ha contribuito non poco ad oscurare i profili giuridici della categoria.

L'unico campo dove si sovrappongono dolo e colpa rispetto alla disciplina dei decorsi alternativi (e delle relative regole cautelari coinvolte) è quello del reato omissivo improprio, dove è obbligatorio accertare una causalità ipotetica. Simile a quest'ultimo, è il caso del reato doloso dove il soggetto sfrutti ad arte una inosservanza colposa consistente in un'omessa diligenza o prudenza: sono i casi nei quali la colpa va costruita come l'omissione, perché «omette» condizioni impeditive dell'evento (*ante*, Cap. IV, parr. 3-5).

### *Esempio. Omessa diagnosi intenzionale o colposa.*

Se un medico, ricevuta la visita di un paziente che scopre essere l'amante della moglie (e che a sua volta non lo riconosce), sospettando un carcinoma omette intenzionalmente di prescrivergli un esame clinico che sarebbe necessario e lo rimanda a casa con un placebo, quando si scoprirà che il paziente aveva già all'epoca un tumore che avrebbe potuto essere curato, la prova dell'evitabilità da parte del comporta-

mento alternativo lecito, in caso di omessa diagnosi colposa, sarebbe una prova della causalità della condotta, perché il comportamento attivo non ha cagionato nulla, mentre è l'esame omesso che appare potenzialmente causale.

In un caso come questo, la differenza tra fare e omettere è impalpabile, e il significato sociale della condotta è omissivo perché siamo in presenza del mancato attivarsi di condizioni negative, cioè impeditive dell'evento, laddove la condotta reale non è causale. Va dunque prioritariamente accertata la causalità della condotta, e ciò sia in caso di colpa che di dolo: l'ipotesi va trattata come un'omissione (a livello di elemento *oggettivo*) e sarebbe *erroneo differenziare la soluzione tra dolo e colpa*. Non si tratta di dare rilevanza al «comportamento alternativo lecito» o alla presenza della «colpa» *nel dolo*, ma di provare la causalità: l'inevitabilità comunque dell'evento preclude di imputarlo perché non c'è prova del nesso di condizionamento. I decorsi causali ipotetici qui valorizzati coincidono con la prova del nesso eziologico giuridicamente rilevante. Si tratta, dunque, di causalità in senso oggettivo, ugualmente rilevante nel dolo e nella colpa.

### 3. Il nesso di rischio tra responsabilità oggettiva e aberratio

Più specifici e differenziati sono, *nel dolo*, i problemi d'imputazione *oggettiva in senso lato*, che risultano quelli socialmente più interessanti, ma teoricamente più trascurati. Superati i livelli 'comuni' a dolo e colpa d'imputazione oggettiva in senso stretto, ci saranno spazi ulteriori per un'applicazione del principio di responsabilità per fatto proprio che attiene al nesso di rischio in senso stretto, e porta a distinguere le competenze del soggetto da quelle di terzi, ovvero il titolo soggettivo dell'imputazione dell'evento (per es. colpa, anziché dolo), e in ogni caso la congruenza fra il rischio della condotta tipica e il risultato, sì da escludere la sua imputazione quando ciò apparirebbe come un risultato non doloso, come un fatto altrui, o come un evento-condizione.

Si noti bene che, qui come nella colpa, stiamo discutendo di problemi di attribuzione di rischi e risultati sempre all'interno di imputazioni dolose o colpose, *non di casi di responsabilità oggettiva*: la responsabilità oggettiva viola il *nullum crimen sine culpa*, prima che il principio di responsabilità per fatto proprio, mentre il rispetto del principio di colpevolezza non assicura l'osservanza della responsabilità per fatto proprio in termini di rapporto di rischio.

Dunque, non sono *in primo* luogo problemi d'imputazione oggettiva quelli posti dagli artt. 83 (aberratio delicti), 116 (reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti), 586 (morte o lesioni come

conseguenza di altro delitto doloso) c.p., nella tradizionale lettura e soprattutto nella costruzione codicistica originaria, poiché in queste fattispecie si tratta(va) di superare la responsabilità oggettiva che si accollava a un fatto doloso di base: le questioni di rapporto di rischio che possono emergere, diverse dalla pacifica applicazione, se del caso, dell'art. 41 cpv. c.p., vanno prima risolte recuperando una corretta affermazione del principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa*<sup>7</sup>, e solo successivamente si può (ri)discutere del rapporto di rischio interno al momento doloso «di base» e a quello colposo riguardante la parte del fatto non voluta dal soggetto.

Un discorso analogo può farsi in rapporto alle questioni di *aberratio (ictus e causae)*, là dove non sia in gioco l'attribuibilità oggettiva di certi tipi di rischi, ma solo il *titolo soggettivo* di ascrizione.

L'*aberratio ictus*, che nel nostro come in altri ordinamenti attiene *in primo luogo* alla responsabilità per fatto proprio sotto il profilo del *titolo soggettivo* di responsabilità, ma *non del rapporto di rischio* (se si presuppone la c.d. adeguatezza della causazione dell'offesa), pone più problemi d'imputazione soggettiva in senso stretto: il rapporto di rischio nella divergenza tra voluto e realizzato rispetto all'identità del soggetto passivo, richiede innanzitutto la determinazione dei limiti entro i quali il dolo non è richiesto che si concretizzi su quell'identità. Superati i problemi del rischio consentito e delle concause (imputazione oggettiva in senso stretto), prima di stabilire se la concreta realizzazione è oggettivamente ascrivibile a titolo di dolo (fermo restando che un «fatto proprio» della condotta c'è), occorre innanzitutto che il dolo stesso sia identificato<sup>8</sup>. Nell'*aberratio ictus* il vero problema è quello

---

<sup>7</sup> Per una recente e approfondita messa a fuoco della tematica, mi limito a rinviare, tra le monografie di ricerca, a BASILE, *La colpa in attività illecita*, Giuffrè, Milano, 2005 (al di là delle singole soluzioni adottate).

<sup>8</sup> Non si possono dunque sottoscrivere quelle posizioni dottrinali che assegnano l'*aberratio ictus* a questioni d'imputazione oggettiva, perché (se ed in quanto) escludono l'evento e lo stesso rapporto causale dall'oggetto del dolo: per es. SILVA SÁNCHEZ, *Aberratio ictus und objektive Zurechnung*, in *ZStW*, 101, 1989, 352 ss., spec. 365-373. Tali impostazioni dipendono dal fatto che esse accentuano l'oggetto del dolo in una prospettiva *ex ante*: ciò che succede dopo il compimento degli atti che compongono l'azione in senso stretto si imputa «oggettivamente» e non si ascrive soggettivamente (imputazione «oggettiva» in questa peculiare accezione), dato che l'elemento soggettivo si incentrerebbe solo sul «rischio» prospettabile *ex ante*. Per una critica dettagliata cfr. DONINI, *Illecito*, 363 ss. (sull'*aberratio*) in relazione a 230 ss. (sull'impianto generale relativo al punto di vista *ex ante* nella sistematica del reato); ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I, § 12/151 ss. tratta esattamente questi profili nell'ambito dell'imputazione soggettiva (non in quello dell'imputazione oggettiva) come casi di «imputazione per dolo nelle deviazioni causali». Ampiamente, sul tema, G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, Giappi-



della delimitazione normativa dei confini del dolo e del suo oggetto, tenuto conto che il dolo lo si verifica *ex ante*, al tempo della condotta.

Ciò *non significa* – si noti bene – che il dolo si definisca completamente *ex ante a prescindere dall'evento*, come sostengono alcune correnti contemporanee molto diffuse oltralpe, le quali concludono il discorso sul dolo incentrandolo sulla rappresentazione di un rischio *ex ante*, sì che tutto il tema dell'evento rimane estraneo al precetto penale e lo si tratta come un argomento di imputazione «oggettiva» in chiave di pura valutazione giudiziale *ex post*<sup>9</sup>. In realtà, è vero che il dolo lo «si ricostruisce» *ex ante*, ma al momento della condotta il soggetto deve rappresentarsi e volere anche una qualche concretizzazione (tra quelle oggettivamente ascrivibili) dell'evento tipizzato nella incriminazione, e dunque l'evento stesso rientra nel suo oggetto.

Se si discute dunque entro quali limiti «imputare a dolo» una certa conseguenza non rappresentata (l'identità del soggetto passivo), è chiaro che si stanno vagliando i confini e il contenuto della tipicità soggettiva del fatto. Quando emergono profili specifici di valutazione normativa del dolo, o d'imputazione del dolo, non è proprio il caso di «allargare» ulteriormente ad essi il concetto e la categoria dell'imputazione oggettiva solo perché il giudizio è di tipo «normativo»: il concetto di imputazione ben si adatta anche all'elemento soggettivo in senso stretto e ai margini legittimi di una sua valutazione presuntiva. È un tipico caso d'imputazione soggettiva.

Un problema di nesso di rischio che mescola in sé questioni soggettive e responsabilità per fatto proprio (cioè d'imputazione oggettiva in senso lato nell'accezione qui proposta), è quello del titolo soggettivo di responsabilità nell'*aberratio causae*, quando si deve decidere se la condotta *dolosa*, che voleva un certo evento e l'ha cagionato, ha prodotto il risultato in modo «congruente» alle regolarità socialmente accettabili della causazione *colposa*. Veramente, le questioni in oggetto, che attingono alla scelta tra il dolo e la colpa nell'identificazione dell'elemento soggettivo a seguito di una «deviazione» involontaria tra lo scopo perseguito con una prima condotta (per es. un omicidio tentato che si ritiene per errore sia andato a buon fine) e quello realizzato con una seconda azione (per es. di nascondimento del presunto cadavere, cagionando solo così, ma inavvertitamente, la morte della vittima designata), vengono inquadrare solitamente nel *dolus generalis* (che storicamente ascrive al dolo iniziale le conseguenze prevedibili non volute

---

chelli, Torino, 1998, *passim*; CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Utet, Torino, 1996, 168 ss.

<sup>9</sup> Con particolare riferimento, tra le altre, alle posizioni di Frisch, Wolter, Puppe e di Silva Sánchez, cfr. ancora la ricostruzione e i rilievi contenuti in DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 230 ss., 459 ss. (v. anche *infra*, nota 11).

in senso psicologico), laddove l'*aberratio causae* in senso stretto sarebbe circoscritta alle ipotesi dove all'*unicità d'azione* consegue il risultato conforme all'evento astratto voluto, che però si realizza mediante decorsi atipici non rappresentati, né voluti<sup>10</sup>. Sono entrambe le costellazioni, peraltro, ipotesi di *aberratio*, e di divergenza tra il voluto e il realizzato.

Qui, per la precisione, siamo nell'ambito della differenza tra dolo e colpa, prima ancora che della realizzazione del rischio di una condotta che si presenti già chiara nel suo titolo soggettivo: se il rischio della condotta dolosa si è interrotto, avendo essa terminato di attivare il 'suo' rischio, e nell'evento si è realizzato il rischio di una successiva e autonoma condotta colposa, sarà in discussione la responsabilità per *fatto proprio*, in punto di differenza tra dolo e colpa, ma non la tematica di un rischio oggettivamente rilevante. Poiché, pertanto, il rischio è quello che attiene alla stessa identificazione dell'elemento soggettivo (dolo *oppure* colpa) mi pare corretto inquadrare queste problematiche innanzitutto nel contesto dell'imputazione soggettiva in senso proprio. Ciò premesso, anche *l'esempio* sopra discusso del *soffocamento involontario col cuscino* (*ante*, Cap. I, par. 6 b), attiene sì a questioni di interferenze nella realizzazione del rischio doloso e di quello colposo, ma concerne soprattutto l'accertamento del volere, e solo successivamente quello della realizzazione del rischio. C'è comunque una commistione fra oggettivo e soggettivo, come si può notare. Divergenze causali di questo tipo pongono questioni peculiari relative al 'nesso di rischio' e *nello stesso tempo* all'identificazione del titolo soggettivo di responsabilità: l'opzione fra dolo e colpa, in tali casi, diventa essa stessa *un problema di responsabilità per fatto proprio*<sup>11</sup>, ma a

---

<sup>10</sup> Cfr. i richiami in PONGILUPPI, *Dolo generale e preterintenzione*, 39 ss.

<sup>11</sup> Lo studio che meglio di tutti tenta di inserire queste problematiche nell'imputazione oggettiva è quello di WOLTER, *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung*, in *ZStW*, 89, 1977, 649 ss. Esso risente, d'altro canto, della premessa che accentua la ricostruzione *ex ante* dell'elemento soggettivo: e quindi afferma che una volta accertato o «consumato» il dolo, la decisione sulla rilevanza della realizzazione del rischio causalmente aberrante è un problema di imputazione «oggettiva», perché il dolo c'è già (*ex ante* definito). In realtà, come sappiamo (v. sopra, nel testo), il dolo si perfeziona *ex ante*, ma va pur sempre correlato a un evento giuridicamente attribuibile e concretizzato tra quelli *ex ante* preventivabili, e dunque l'imputazione è oggettiva solo rispetto a tematiche di rilevanza causale comune a dolo e colpa (quella definita qui «in senso stretto»), mentre rispetto al nesso di rischio interno al dolo o alla colpa, si profila qui il problema della eventuale scelta tra i due titoli di imputazione. L'inquadramento dell'*aberratio causae* come ipotesi d'imputazione *soggettiva* del dolo, proposto in DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 463 ss., 476 ss., è qui in buona parte mantenuta (anche se diamo giusto spazio, ora, a un'imputazione oggettiva in senso lato, cosa che

me pare che sia soprattutto il titolo soggettivo d'imputazione a rimanerne coinvolto.

A maggior ragione, se l'errore sul rapporto di causalità non innesca problemi di colpa alternativa al dolo, ma solo di dolo, essendo unica la condotta come nei casi di errore sul rapporto causale in senso stretto (per es., avendo l'autore realizzato l'evento con modalità che non sarebbero mai accettate, se lo si fosse saputo *ex ante*), il fatto che l'ordinamento «ascriva a dolo» la causazione, rimane un problema tipico di imputazione soggettiva.

#### 4. *Reati dolosi a forma vincolata e con evento a distanza*

Un settore significativo per valorizzare i profili di nesso di rischio è quello dei *reati dolosi a forma vincolata*: la selezione normativa della condotta (per es. abuso d'ufficio, truffa, infedeltà patrimoniale, rapporti sessuali tra minorenni, *insider trading*, ecc.) individua *ex lege* un *rapporto di rischio* che è decisivo per attribuire l'evento, nel senso che solo attraverso un *rapporto di causalità particolare* è possibile che venga ascritto il risultato lesivo o pericoloso. È dunque la legge, prima dell'interprete, a stabilire che non basta la generica causazione volontaria del risultato, né una semplice modalità colpevole, ma un *modus operandi* espressivo di un rischio illecito.

*Esempio. Caso dell'omessa astensione del magistrato in conflitto di interessi.*

L'art. 323 c.p. (abuso d'ufficio) impone al p.u. o all'incaricato di pubblico servizio di astenersi, anziché perseguire danni a carico di terzi, quando sia in conflitto di interessi nell'esercizio delle sue funzioni. Se egli omette di farlo, risponde di abuso d'ufficio quando abbia intenzionalmente cagionato un «danno ingiusto» ad altri. Il danno, però, è ingiusto se la mancata astensione abbia prodotto risultati illeciti, non se questi siano gli stessi che avrebbe prodotto la partecipazione di un terzo esterno al conflitto. Quando dunque la decisione del magistrato, in un organo collegiale, presa all'unanimità dei componenti il collegio, consista nell'aver emesso una sentenza opinabile e sfavorevole alla parte controinteressata, ma senza l'obiettivo inosservanza di altre norme (diverse dall'obbligo di astenersi), non si potrà sanzionare penalmente la

---

non accadeva in quella precedente ricerca), perché si tratta sempre di questioni che riguardano l'attribuzione dell'evento «a titolo di dolo» (oppure di colpa), cioè dentro alla tipicità soggettiva del fatto, restando in discussione il titolo soggettivo. Cfr. *ante*, Cap. I, par. 1. Al di là dell'inquadramento sistematico, cfr. sul tema, CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, 168-171; G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, 131 ss.

violazione del dovere di astensione, perché all'evento pur pregiudizievole cagionato manca il requisito dell'autonomia (e «doppia») ingiustizia, tale non essendo la decisione solo per la mancata astensione del giudice.

La norma incriminatrice, qui, esige un rapporto eziologico, e dunque, *prima ancora, di rischio*, che è *particolare*. Non un danno e un'intenzione di produrlo *accanto a* una violazione di legge (obbligo di astensione, per es.), ma anche un'obiettivo «ingiustizia» del danno stesso che materializza l'orientamento lesivo della condotta illecita. Pertanto, prima che si produca un evento dannoso «ingiusto», ad esso deve orientarsi finalisticamente («intenzionalmente») la condotta che lo attua. È questo un caso esemplare dove la singola incriminazione tipizza uno specifico nesso di rischio, che è cosa diversa da una semplice «modalità» colpevole dell'agire (per es. violenza, inganno, ecc.).

Là dove la legge non sia altrettanto esplicita, peraltro, anche l'interprete può escludere da una fattispecie dolosa alcune forme di realizzazione che fuoriescono dal rapporto di rischio che l'incriminazione esige: per es. escludere che la truffa consista in una mera omissione, non accompagnata da comportamenti attivi, quantomeno in materia di erogazioni pubbliche e rapporti con la P.A. (arg. *ex art. 316 bis e 640 bis c.p.*): la condotta attiva, infatti è espressione di *un rischio qualitativamente diverso* rispetto a quello che può inerire a una mera omissione.

Un campo molto vasto, nel dolo, attiene al fatto che gli si sottrae una parte del suo «oggetto», per imputarlo in via oggettiva, normativa. Per es., l'interprete, e quindi magari proprio il giudice, decide che l'autore non deve rappresentarsi troppe cose: basta conoscere un certo rischio. Tutto il resto è «*ascritto*» al dolo della condotta, così ritagliata e ridotta: è imputato a dolo, o meglio *al rischio di quella condotta*. È vero che siamo dentro alla tipicità soggettiva del fatto (la condotta materiale e la sua causalità, per es., sono fuori discussione), ma stiamo decidendo di imputare a dolo certe conseguenze *non rappresentate* (!), perché abbiamo «ridotto» l'oggetto del dolo. Domanda: quanto non è richiesto che sia rappresentato, ma che venga cagionato sì? Fin dove l'ordinamento ha il diritto di giudicare in autonomia quel rapporto di rischio senza sottoporlo anche alla copertura autenticamente soggettiva del dolo? Come si può ritenere legittimo circoscrivere il dolo ad alcuni momenti di rischio tipizzato *ex ante*, e sottrargli la concretezza di ciò che il soggetto ha realmente voluto, quando mai avrebbe agito senza la sua prospettiva?<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Per questa prospettiva radicale, che circoscrive l'oggetto del dolo alla consapevole attivazione di un rischio qualificato (dolo come rischio *ex ante*), e identifica la realizzazione del rischio dei reati dolosi con quella dei reati colposi, si che finisce per imputare a dolo ciò che è realizzato per colpa sulla base di atti dolosi pregressi, PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Decker & Müller, Heidelberg, 1992, 21 ss., 35 ss., 49 ss. (v. anche *ante*, note 7 e 8).

Ecco, questi temi emergono soprattutto nella *parte speciale* e riguardano forme di presunzione di dolo e di *dolus in re ipsa*, ovvero di irrilevanza dell'errore di diritto colposo, tale da consentire una responsabilità dolosa del fatto commesso per effetto di quell'errore, ma spesso le questioni attengono a reati di mera condotta o di pericolo. Sono tutti, questi, profili d'imputazione soggettiva in senso stretto.

Un problema d'imputazione oggettiva si pone soprattutto quando è l'evento che viene ascritto al di là della sua rappresentazione, purché vi sia congruenza normativa col rischio voluto *ex ante*.

*Il rapporto fra imputazione oggettiva e dolo si pone in modo decisivo nella costruzione delle fattispecie dolose dove l'evento è per sua natura futuro e incerto rispetto al tempo della condotta, e negli eventi «a distanza».*

In queste ipotesi, come ognuno comprende, esiste *la tendenza latente che l'evento si riduca a condizione obiettiva di punibilità*. Si pone quindi un problema specifico d'imputazione oggettiva. Esaminiamone alcune tipologie, che riguardano in parte casi di condizioni obiettive certe o contestate e in parte casi di eventi costitutivi sicuri. Si tratta di «applicare» alcuni principi già ricostruiti nella precedente trattazione. Meno importa che tutta la letteratura sull'imputazione oggettiva edita fin qui non valorizzi (a mia conoscenza) queste tipologie di reati dolosi. Ciò costituisce solo la dimostrazione di quanto la riflessione sul «nesso di rischio» nei reati dolosi (i.e. l'imputazione oggettiva nel dolo) sia ancora agli inizi.

##### 5. *L'esempio della bancarotta patrimoniale ... e di quella societaria*

Cominciamo dal *ruolo dell'insolvenza nella bancarotta fraudolenta patrimoniale* (art. 216 legge fall.).

La causazione dell'insolvenza o l'aumento del rischio per il suo verificarsi sono sempre stati un addebito solo eventuale o implicito, mai riconosciuto ufficialmente, dei reati di bancarotta patrimoniale prefallementare. Anche se non si rimproverava il fallimento, si sanzionava solo nella sua occorrenza. L'idea era che l'imprenditore rimaneva libero di gestire come gli pareva il patrimonio proprio o dell'impresa, purché riuscisse a non commettere reati comuni (per es. appropriazioni indebite), o reati propri tipici del suo rischio professionale (per es. falsi in bilancio, conflitti di interesse, reati tributari o di impresa in senso lato, peraltro cresciuti solo di recente), sì che le altre infedeltà, gli altri abusi patrimoniali potevano essere gestiti in forme «compositorie» (per es. mancate denunce o remissioni di querele), ovvero occultati attraverso il successo economico, e soprattutto a condizione di restare *in bonis*.

Se diventava insolvente, pagava per tutto quello che aveva commesso. Se riusciva a mantenere gli impegni e a godere di credito, quello che sarebbe potuto diventare delitto in caso di dissesto, rimaneva invece una sorta di «zona franca», di diritto, o al meno di fatto, privo di conseguenze penali. L'onore commerciale e sociale del colletto bianco, assicurato dal suo successo, trasformava gli illeciti in semplici *Kavaliersdelikte*.

Ciò gli assicurava un ampio margine di manovra: aveva una libertà estrema, se riusciva a conseguire il successo economico. Evitare il fallimento era l'unico onere, che come contropartita garantiva al proprietario dell'impresa o al *manager* la possibilità di affrontare qualunque rischio.

I suoi illeciti sui beni dell'impresa, con le eccezioni rilevate, restavano civili e patrimoniali prima del fallimento, e quindi i rischi erano sempre penalmente leciti, se considerati *ex ante*: non erano punibili neppure come tentativo<sup>13</sup>. Diventavano penalmente illeciti solo *ex post*, a fallimento dichiarato.

*Un'insanabile contraddizione etica* si celava dietro questa *logica economica*.

Essa consiste in ciò: un fatto non può diventare illecito per il verificarsi di un evento sopravvenuto e non imputabile (l'insolvenza-fallimento, appunto). O l'evento è imputabile, e allora si risponde per averlo cagionato, con condotta *ex ante* pericolosa e idonea a tale effetto, oppure non è imputabile, e allora ciò che rende illecita la condotta deve risiedere nel comportamento stesso, o nella situazione in cui esso viene posto in essere, non nel risultato.

La *cultura dominante* cercava di *superare questa contraddizione* affermando che il comportamento dell'imprenditore, che risultava penalmente sanzionato solo a fallimento avvenuto, mai prima, non era solo per questo consentito: anzi, esso costituiva addirittura un «reato», secondo alcuni, ma per l'appunto *un reato ancora non punibile*. La logica di questo «tentativo di giustificazione» della disciplina tradizionale era ben espressa nell'inquadramento della *sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità*, che secondo una cor-

---

<sup>13</sup> Una diffusa opinione li ritiene punibili come tentativo, ma solo a fallimento dichiarato. Su questa vecchia e ormai non più sopportabile questione sempre discussa (prova di quanto stia poco a cuore al legislatore che su taluni problemi vi sia certezza, ma prova anche della modestissima rilevanza pratica del problema) v. da ultimo in senso contrario, con sguardo più generale al problema nell'ambito delle condizioni obiettive di punibilità (ritenute sempre estranee all'offesa tipica e al fatto di reato), D'ASCOLA, *Reato e pena*, 385 ss. Parimenti in senso contrario, PEDRAZZI, *Art. 216*, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, 37.

rente (da chi scrive peraltro non condivisa) renderebbe punibile un fatto che, in sua assenza, sarebbe già un reato perfetto<sup>14</sup>.

*La contraddizione segnalata, peraltro, rimaneva palese:* prima del fallimento tutto era possibile, perché il ritorno *in bonis* prima di un *crack* «santificava» ogni distrazione, ogni dissipazione, ogni occultamento di beni, ogni pagamento preferenziale, ogni preconstituzione fraudolenta di titoli di prelazione. Il tracollo dell'impresa, invece, rendeva definitivamente, ma in realtà soltanto adesso, punibili quei comportamenti pregressi. Ma non è tutto. Quelle condotte venivano punite *ex post* anche se al tempo della loro realizzazione risultavano del tutto prive di pericolosità rispetto all'integrità del patrimonio d'impresa, per l'ampia capienza di quest'ultimo rispetto ai debiti sociali.

La vecchia disciplina conteneva quindi *una contraddizione etico-giuridica insuperata*<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> La tesi non è condivisibile perché il fatto privo della condizione manca delle principali conseguenze tipiche del reato (assenza non dedotta aprioristicamente, ma ricostruibile di volta in volta, per ciascuno di questi profili o istituti): non c'è pena, non ci sono misure di sicurezza, non scatta la prescrizione, non è amnistiabile il mero 'fatto' non condizionato, non si individua nel fatto senza condizione un «reato presupposto» (calunnia, favoreggiamento, ecc.), non si risponde dei danni morali da reato, salvo che ora ciò accada a seguito degli allargamenti giurisprudenziali civilistici della responsabilità per danni morali in generale, anche al di fuori di ipotesi di reato quale fonte di responsabilità civile di questo tipo. Vero questo, è chiaro che per quanto il fatto privo della c.o.p. resti un «illecito» (tipico, antiggiuridico e colpevole), dato che la condizione gli rimane estranea, la circostanza che tutte le «conseguenze» del reato subentrino al verificarsi di quella, ne attestano l'«essenzialità» al perfezionarsi del reato: è un elemento essenziale del singolo reato che la prevede, senza però essere elemento essenziale del fatto di reato e dunque dell'illecito. La riforma dei reati fallimentari oggi prospettata, nel senso di esigere che il dissesto o il suo aggravamento sia o un presupposto o una conseguenza della condotta, «sposta» il presupposto sostanziale (l'insolvenza) della c.o.p. (la dichiarazione di fallimento) attraendolo negli elementi costitutivi del fatto tipico e dell'illecito: nondimeno, senza la condizione formale di apertura della procedura, il fatto rimane ancora un non reato. Per alcune recenti rivisitazioni del tema muovendo dalle condizioni obiettive in generale, si cfr. D'ASCOLA, *Reato e pena*, 27 ss.; e con specifico riferimento anche alle cause di non punibilità e alle soglie di punibilità, DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, 1035 ss.; Id., *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, spec. 2874-2877; M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi Marinucci*, vol. II, 2006, 1721 ss.

<sup>15</sup> Rinvio soltanto, per una illustrazione della problematica e per uno dei tentativi più rilevanti di superare quel dato in via interpretativa, a PEDRAZZI, *Art. 216*, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, 11 ss. Come è noto, la prima chiara teorizzazione dell'esigenza di una «zona di rischio» d'insolvenza quale requisito di offensività della bancarotta prefallimentare, è quella di NUVOLONE, *Il*

L'esigenza, oggi, di colmare quella contraddizione, attua l'obiettivo di coordinare il tema dell'evento-insolvenza con quello dell'imputazione oggettiva, cioè della selezione dei rischi penalmente rilevanti, anche in un campo di reati tipicamente dolosi. Il tema, dunque, è quello del rapporto fra imputazione oggettiva dell'evento e dolo, e più esattamente *il tema del rapporto di rischio nei reati dolosi*.

*Esempio.*

Se l'amministratore di una società commerciale distrae o si appropria un bene dell'impresa a vantaggio personale, nel caso che la società fallisca in seguito non dovrà rispondere del reato di bancarotta qualora manchi *un nesso di rischio* fra la distrazione e l'insolvenza, per essere intervenuta quest'ultima in tempi molto distanti e in modo indipendente dalla condotta, sì che il patrimonio sociale è rimasto intaccato dall'esistenza di un esborso in più, ma non attuato in modo pericoloso per la solvibilità dell'impresa. Un'applicazione specifica dell'imputazione oggettiva ai reati dolosi è costituita dall'analisi delle condizioni che sorreggano l'imputazione di un reato fallimentare (anziché, eventualmente, solo di un reato di appropriazione indebita) all'amministratore che abbia tenuto una condotta di appropriazione o distrazione rispetto ai beni sociali.

I recenti progetti di riforma dei reati fallimentari <sup>16</sup> si sono orientati

---

*diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955, 23 ss., 28.

<sup>16</sup> Secondo un *primo modello*, recepito dalla *commissione Trevisanato*, istituita con D.M. 27 febbraio 2004, che ha elaborato uno *schema di legge-delega* di riforma delle procedure concorsuali (in *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, a cura di JORIO e FORTUNATO, *Quaderni di Giur. comm.*, Giuffrè, Milano, 2004; il Progetto trovasi anche in *Il fallimento*, 2004, fasc. monografico) – progetto poi abbandonato dalla recente riforma fallimentare (D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) riguardante i soli profili non penalistici della materia –, la fattispecie di bancarotta patrimoniale rimaneva incentrata sulla previsione dell'apertura del procedimento concorsuale come condizione obiettiva di punibilità, ma la responsabilità per le condotte distrattive, di dissipazione, occultamento, ecc. era legata o allo *stato di insolvenza* come presupposto della condotta o al *pericolo concreto* di tale situazione come suo evento (art. 210), entrambi condizionati al verificarsi della procedura come condizione di punibilità. Un *secondo modello di riforma* è quello prospettato dai *progetti parlamentari di area DS*, originariamente contenuti in una proposta di legge-delega del 10 febbraio 2000 e poi successivamente rielaborati. Secondo l'impostazione originaria, mantenuta fino all'estate 2004, la bancarotta patrimoniale avrebbe dovuto strutturarsi escludendo l'inizio della procedura come condizione di punibilità: lo «stato di insolvenza» diventava o l'evento o il presupposto del reato. Questa impostazione è stata però in seguito abbandonata, e l'ultima versione (Proposta di legge d'iniziativa dei deputati Fassino, Agostani, Violante, Visco, Finocchiaro, in *La riforma delle procedure concorsuali*, 305 ss., spec. art. 10) esige solo che le condotte cagionino o ag-



ad ancorare il dolo delle ipotesi di bancarotta dolosa a una *situazione d'insolvenza come presupposto della condotta o come conseguenza della stessa*. In questo modo essi introducono un'esigenza tipica posta dal problema dell'imputazione oggettiva della condotta.

*L'aver ancorato il dolo a un rischio attuale e concreto d'insolvenza comporta che* l'imprenditore o l'amministratore sappiano che l'insolvenza non funzionerà come una condizione che «fa pagare tutto in ritardo» ogni infedeltà, ogni appropriazione, ogni falsa comunicazione, ogni violazione di doveri, senza uno specifico nesso di rischio (e quindi di offesa) tra quelle violazioni e l'insolvenza: ciò che accadeva per es. con gli art. 223 cpv., n. 1 legge fall. prima della recente riforma; ciò che accade ancora oggi con l'art. 216 legge fall., se non viene corretto in via ermeneutica in una direzione di maggiore lesività e colpevolezza. Le uniche violazioni «di rilevanza fallimentare» saranno invece quelle strettamente collegate allo stato di insolvenza, sul quale devono avere avuto un'incidenza economica e in rapporto alla cui sussistenza o concreta percezione si profila il disvalore d'azione. *In questo modo il fallimento*, anche se rimane una condizione di punibilità (la sentenza che lo dichiara), non fa pagare all'imprenditore colpe dipendenti dal fortuito, e quindi *realizza l'applicazione della responsabilità per fatto proprio, sì che i rischi non addebitabili non saranno ascritti*. La condotta illecita, a questo punto, non è più quella che, casualmente, si ritrova di fronte una procedura concorsuale, ma quella che approfondisce il rischio di un'insolvenza esistente o che produce quest'ultima. Si attua in tal modo un'imputazione oggettiva tra condotta prefallimentare e stato di insolvenza, e quindi una congruenza fra il rischio illecito attivato e quello realizzatosi.

Un caso oggi emblematico d'imputazione oggettiva è quello che riguarda il 'nesso', il rapporto di rischio tra reati societari e causazione del fallimento, per rispondere della *bancarotta societaria* riformata nel 2002. Occorre un nesso di rischio, per es., tra falso in bilancio (o gli altri reati societari indicati nell'art. 223 cpv., n. 1, legge fall.) e successivo fallimento. Non basta aver cagionato l'insolvenza. Essa deve essere la conseguenza (voluta) di quel falso. È esattamente l'opposto della vecchia responsabilità per il caso, quando bastava aver commesso un falso in comunicazioni sociali in epoca del tutto florida e lontana da rischi di insolvenza, per rispondere di tutto dieci anni più tardi. Ma attenzione: non solo il rapporto di rischio, oggi, è molto più intenso, ma è anche più avanzato di quello che i progetti di riforma dei reati fallimentari esigono. Non si tratta di reato doloso + rischio di insolvenza + causazione dell'insolvenza<sup>17</sup> in modo parallelo, ma di realizzazione vo-

---

gravino il dissesto e subordinino la «punibilità» all'accertamento dello stato di insolvenza in sede civile.

<sup>17</sup> Cfr. sul punto PERINI, *Il «cagionamento del dissesto»: la nuova «bancarotta*

lontaria di quel rischio nell'insolvenza attraverso l'illecito penale societario.

Con questo meccanismo il D.Lgs. n. 61 del 2002 ha introdotto un criterio «legale» d'imputazione *oggettiva*: la realizzazione di un determinato rischio nell'evento non è certo un problema di dolo, né di semplice causalità. La norma dice, piuttosto, che quell'evento non è fatto proprio del soggetto, se non rappresenta la conseguenza del falso o di un altro reato societario tra quelli indicati, ed esigendo il dolo della causazione del dissesto, implica una condotta adeguata *ex ante* (per tempi e modalità) a produrre quel risultato.

#### 6. I delitti contro l'incolumità pubblica e l'imputazione oggettiva

È noto che i compilatori del codice Rocco pensavano che l'evento, nei delitti contro l'incolumità pubblica, dovesse considerarsi una condizione obiettiva di punibilità<sup>18</sup>. Si voleva sottrarre a questioni difficili di accertamento del dolo tutta una serie di fattori sopravvenuti che sempre co-determinano l'evento finale. Ecco che, allora, la qualificazione del «pericolo per l'incolumità pubblica» come c.o.p. esonerava da tutta una serie di prove, sia legate al peso del fortuito sul piano oggettivo e sia di tipo soggettivo. In materia di frane, valanghe, incendi e disastri, tutto ciò appariva estremamente semplificatorio per l'accusa. Questa impostazione, che oggi non appare *politically correct*, esprimeva una verità che non possiamo sottacere: mentre il *rischio* valutato *ex ante precede il pericolo* e riguarda complessi eziologici multifattoriali che dipendono da scelte di organizzazione sociale, industriale, ecc., e come tale *si può ridurre*, ma non si può (e solo in parte non lo si vuole) *eliminare*, il *pericolo come evento* dipende sempre anche da fattori sopravvenuti, naturali o sociali, che non è possibile dominare una volta attivata la situazione pericolosa iniziale. Esso è dunque *condeterminato dal caso*<sup>19</sup>. Le fattispecie costruite su tale figura di pericolo concre-

---

da reato societario» al banco di prova della causalità, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 721 ss. Sul problema della distinzione fra causazione e aggravamento del dissesto (talora assunti come equivalenti), mi riservo di intervenire in una prossima occasione.

<sup>18</sup> Riferimenti in SALTELLI-ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del codice penale*<sup>3</sup>, vol. III, Jandi Sapi, Roma, s.d. [1956], 520 s.; MANZINI, *Trattato di diritto penale secondo il codice del 1930*, vol. VI, Utet, Torino, 1935, 194. Per una recente rivisitazione al riguardo, GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Giappichelli, Torino, 2005, 123.

<sup>19</sup> Sul rapporto tra rischio e pericolo si consenta il rinvio a DONINI, *Il volto at-*

to, soprattutto quando esso riguardi eventi a distanza, pongono perciò problemi significativi d'imputazione oggettiva.

A quanto detto consegue che se si costruisce un'incriminazione su un evento di pericolo di questo tipo, *la rilevanza dei fattori sopravvenuti casuali non potrà essere psicologicamente «ascritta» al dolo o alla colpa*, e dunque non dovrà rientrare nel loro 'oggetto', se li intendiamo come elementi psicologici in senso stretto.

Per attribuire giuridicamente quelle conseguenze, esse *saranno dunque «imputate oggettivamente» al dolo o alla colpa*.

Affinché ciò non violi il principio di responsabilità per fatto proprio, prima ancora che il principio di colpevolezza, occorrerà che i fattori accertabili solo *ex post* e capaci di fondare o aggravare la responsabilità, siano comunque la realizzazione del rischio illecito creato *ex ante*.

Nel momento in cui, dunque, quei medesimi eventi (un tempo ritenuti condizionali) siano considerati elementi costitutivi (come oggi per lo più avviene, sia pur con qualche inevitabile eccezione o *distinguo*), non è che gli stessi problemi che la qualificazione come c.o.p. intendeva risolvere siano improvvisamente scomparsi! Tutt'altro. I problemi restano maggiorati e con essi il rischio è di fare funzionare *di fatto* quelle fattispecie come reati condizionali.

Come avviene tutto ciò? Soprattutto arretrando l'oggetto del dolo su un rischio generico anticipato, costruendolo come dolo di pericolo astratto (= concretizzato solo sulla situazione anticipata che il pericolo astratto ritiene sufficiente per la tipicità della condotta formalmente descritta), o al massimo dolo eventuale normativizzato, e lasciando che la sua «concretizzazione nell'evento» sia per lo più il frutto di una valutazione obiettiva<sup>20</sup>.

Diviene a questo punto centrale il momento dell'imputazione oggettiva dell'evento, ciò che segna la concretizzazione nell'evento del rischio illecito attivato. Di soggettivo, lì, non c'è più niente.

Per es., nel crollo di costruzioni (art. 434 c.p.) si deve volere il crollo della costruzione o di una parte di essa, ma è più difficile esigere la prova di aver «voluto» anche il pericolo per l'incolumità pubblica (salvo che venga sostanzialmente presunto) che deve «derivare» dall'attentato («atti diretti a») anche se il crollo non avviene, e che solo se ne è

---

tuale, Cap. V, *Diritto penale «classico» e diritto penale «moderno»*, 97 ss. Molto istruttivo (al di là delle conclusioni indiscriminatamente scettiche, senza prospettive di carattere dogmatico) sull'incidenza del caso nel verificarsi dei disastri (dall'A. ritenuti normalmente inevitabili) il libro di CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, 33 ss., 78 ss. e *passim*.

<sup>20</sup> V. anche quanto osservato da GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, 253 ss.

derivato rende così penalmente perseguibili gli atti. Questo pericolo, a tutto concedere, l'autore degli atti deve esserselo rappresentato come possibile. Anche chi assume che tale pericolo è evento costitutivo e deve essere «voluto», non può non ammettere che si tratti pressoché sempre di dolo eventuale (una sorta di elemento soggettivo tipico a dolo eventuale!)<sup>21</sup>, intendendo per tale – non ci si inganni su questo aspetto applicativo inevitabile – la sua mera rappresentazione nel momento in cui si «vogliono» gli atti diretti al crollo: una rappresentazione che, accompagnata da quegli atti, «significhi» *accettazione* del rischio, e ciò tutte le volte in cui non appaia ragionevole fare affidamento sul non verificarsi del rischio stesso.

Basta dunque aver voluto il crollo e il pericolo è ritenuto implicito negli atti diretti verso di esso con accettazione del rischio per l'incolumità pubblica. Sotto il profilo dell'offesa, è controverso che nell'edificio e nelle sue immediate adiacenze debbano effettivamente trovarsi persone al tempo del crollo. Tradizionalmente si è sempre ritenuto che la fattispecie resti integrata anche se *fortuitamente* non c'è nessuno dentro l'edificio al momento del crollo, come accade per l'incendio di cosa altrui, per l'inondazione, ecc.<sup>22</sup> Poiché il primo comma del-

---

<sup>21</sup> Per es. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, Tomo I, Cedam, Padova, 2003, 639 s. e nota, seguendo Marinucci.

<sup>22</sup> *Contra*, CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, Tomo I, 618 ss., e più in generale per tutti i disastri nominati e non (*ivi*, 41 ss.), che richiede la prova *ex post* della presenza di più persone concretamente offensibili: si tratta, però, di un dato del tutto casuale, che *costruisce sul caso fortuito la responsabilità penale*, a parità di elemento soggettivo richiesto da chi esclude dal fatto tipico quel profilo offensivo così «concreto» ed *ex post* (l'elemento soggettivo, infatti, che va necessariamente ricostruito *ex ante*, non può estendere il suo 'oggetto' a particolari storici accertabili solo a posteriori). Trattandosi di un elemento in più, l'operazione ermeneutica risulta *più favorevole*. Essa, peraltro, pare potersi accogliere, nell'istanza generale di dare maggior concretezza, *in bonam partem*, a un pericolo obiettivamente insussistente anche se verificato come tale solo a posteriori, ogni volta che sia esplicitato il pericolo concreto quale evento della fattispecie (un evento un po' ... condizionale, come si è cercato di far emergere nel testo): sempre, però, che la *ratio* della fattispecie lo autorizzi. Ciò che non sempre accade. Nei reati contro la salute pubblica, per es., anche una clausola espressa di pericolo può non implicare che si individuino due o più persone concrete, *ex post*, che abbiano «corso pericolo» (lo ammette, del resto, lo stesso CORBETTA, *op. cit.*, 49 s.). Orbene, questa riflessione si può tuttavia estendere più in generale a vari delitti «di comune pericolo», qualora suppongano (come spesso accade) che la tutela sia davvero *in incertam personam*, e che il bene collettivo non sia rappresentato dai singoli, ma appartenga a una comunità, concentrandosi la potenzialità lesiva già tutta nella concreta possibilità *ex ante* della presenza di due o più persone nel raggio offensivo del fatto. Anche nel crollo di costruzioni, in effetti, se *ex ante* appare possibile e verosimile la presenza di persone mentre si

l'art. 434 c.p., che punisce l'ipotesi del pericolo di crollo, esige espressamente che dal fatto derivi pericolo per la pubblica incolumità, si dovrà richiedere un accertamento in concreto ed *ex ante* circa la realistica possibilità della presenza di persone. Non è che la base del pericolo debba essere parziale e non possa tener conto di dati esistenti al tempo dell'azione ma verificabili solo *ex post*, tuttavia il tener conto di elementi *ex post* non deve estendersi al fatto di contare le potenziali vittime realmente presenti, perché altrimenti il delitto non sarebbe di «*comune*» pericolo, ma a vittima necessariamente identificata: ciò che fuoriesce dalla ragion d'essere di tale incriminazione. Nessuno si sentirà punito in eccesso, dopo aver voluto e prodotto un fatto del genere, solo per la casuale assenza, verificata *ex post*, di vittime potenziali nei dintorni. Sarà piuttosto l'assenza già accertabile *ex ante* (e questo pure se non accertata dall'autore, si noti bene) a rendere atipico il fatto.

Se peraltro si esigesse la prova a posteriori della presenza di più persone al momento del pericolo di crollo o del suo verificarsi, le vittime potenziali dovrebbero essere *individuate*, e il reato sarebbe di *pericolo individuale plurimo – non di comune pericolo* – sotto il profilo oggettivo, con una sicura «discrasia» dell'elemento oggettivo del fatto rispetto all'oggetto del dolo, che non può coprire eventi accertabili solo *ex post*<sup>23</sup>.

Problemi di questo genere, di potenziale divergenza tra il punto di vista *ex ante* e quello *ex post*, si accentuano quanto maggiore è la *distanza temporale* fra condotta pericolosa ed evento: casi di inondazioni, valanghe, naufragi, disastri aviatori, ecc. Si ipotizzino giorni, mesi o anni fra una delle molte inosservanze (per es. nella gestione di un aeroporto, di una diga, di un bacino fluviale, ecc.), riscontrate *ex post* (ma verificatesi tempo addietro) e l'evento finale. E ciò sia in caso di dolo che di colpa della condotta di base. Come nell'esempio della successione dei garanti (*ante*, Cap. I, par. 6, e i profili si possono benissimo

---

realizzano gli atti diretti a provocarlo, la circostanza che fortuitamente, *ex post*, non ci fosse nessuno, mi sembra irrilevante per la punibilità sia del crollo (art. 434, secondo comma, c.p.), che del «pericolo di crollo» (art. 434, primo comma, c.p.), che è fattispecie più lieve e più arretrata. Il problema non consente dunque una soluzione unitaria di tipo «ideologico» (e tale è l'ideologia dell'offensività applicata senza *distinguo*), dovendo essere risolto fattispecie per fattispecie.

<sup>23</sup> Sull'incongruità di costruire i reati contro l'incolumità pubblica come fattispecie con evento da valutarsi a base totale in relazione ai soggetti, ciò che ne snaturerebbe l'identità di reati «di comune pericolo», imponendo di verificare la presenza di persone e quindi la loro identità, per raggiungere la stessa corrispondenza al tipo del fatto storico (che non sarebbe più di pericolo verso destinatari indeterminati, ma verso vittime ormai identificate) v. già le puntuali osservazioni di PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, 252 ss., 261 ss.

mo «intrecciare»), si capisce che non potremo risolvere «con il dolo» o «con la colpa» i problemi posti dall'intersecarsi di molteplici fattori: a meno che non «normativizziamo» quei concetti in origine psicologici. *Un qualche processo di normativizzazione*, d'altro canto, deve avvenire, perché – non lo si dimentichi – è *in funzione di garanzia* che ciò accade. Non si tratta di *sostituire* parametri normativi a quelli psicologici, ma di valutare giuridicamente un nesso di rischio che è necessariamente estraneo alla sfera psicologica, *in aggiunta* alla doverosa verifica di quest'ultima.

Questo dato non è sempre ben colto dalla nostra letteratura, che non dispone di categorie diverse dalla causalità e dal dolo: volendo continuare a salvaguardare il contenuto volitivo e psichico del dolo, essa teme i momenti di normativizzazione al suo interno. Però, non tutti quei processi rappresentano un tradimento o una «flessibilizzazione» indebita delle regole d'imputazione soggettiva.

Con riferimento alla colpa ciò è stato fin troppo compreso, e lì nessuno, ahimè, si scandalizza più nel constatare l'eccesso opposto di un azzeramento del contenuto psicologico della colpa.

Restando comunque alla fisiologia (anziché alla patologia) dell'impiego di criteri normativi di selezione della responsabilità, si può dire quanto segue: se non vogliamo esaltare la *c.s.q.n.* come rinuncia alla selettività, che impone di imputare ogni conseguenza a una precedente «colpa», avremo bisogno di parametri per distinguere i rischi dei quali si resta competenti e responsabili da quelli che non ci riguardano più, quelli che «assorbono» le nostre precedenti colpe da quelli che non potranno mai farlo, neppure cinquant'anni più tardi. Possiamo individuare, a tale proposito, una *regola generale*: quanto più un evento di lesione o di pericolo concreto è distante dalla condotta incriminata, tanto più la responsabilità per fatto proprio impone un nesso di rischio tra i due elementi, che una componente solo soggettiva o psicologica non riesce a colmare. Anche la colpa non basta, a meno di riempirla di tanti parametri normativi che sono appunto d'imputazione oggettiva. Quando poi si passa al dolo, è del tutto illusorio cercare la soluzione nel momento intenzionale, mentre quello rappresentativo è soprattutto potenziale.

Avere voluto «soggettivizzare» la soluzione del problema, dicendo che è questione di colpa o di dolo, è *il grave limite della cultura penalistica italiana* che ha rifiutato di elaborare parametri d'imputazione oggettiva. Oggi, come conseguenza di quella scelta, i giudici italiani possono fare ciò che vogliono. In un «soggettivo» privo di criteri una qualche colpa a ritroso la si potrà sempre trovare, e magari anche arbitrariamente escludere. La stessa scelta di risolvere tutto attraverso la «normativizzazione» della colpa si è rivelata illusoria: un cavallo di Troia nell'elemento soggettivo, che lo ha svuotato senza sostituirlo con *parametri adeguati per la selezione dei rischi* da escludere dall'imputa-

zione diversi da quelli che si collegano alle regole cautelari<sup>24</sup>. Occorre, infatti, elaborare criteri d'imputazione che non siano solo la traduzione di un qualche aspetto teleologico delle singole regole cautelari, e che siano applicabili al fatto oggettivo ed estensibili alle realizzazioni dolose. L'uscita di sicurezza del dolo eventuale o di quello di pericolo, rispetto alle fattispecie dolose, rappresenta lo stesso limite: ci si affida alle forme di dolo più normativizzate perché è nel normativo che si dovrebbe cercare la soluzione. E allora lo si riconosca espressamente prospettando una sua chiara definizione, riscrivendo le incriminazioni dolose in modo che sia esplicitato il nesso di rischio che le identifica<sup>25</sup>, ed elaborando criteri generali di selezione, che valgano nella colpa come nel dolo.

Quando l'evento tende a sovrapporsi alla logica delle condizioni di punibilità, è ormai chiaro che il 'peso' del giudizio di responsabilità si gioca prima del suo verificarsi. La grande difficoltà nell'accertamento del nesso causale, o dell'evitabilità omissivo-colposa, nelle fattispecie in materia di disastri, di reati contro la salute pubblica o contro l'incolumità pubblica, svela da un altro versante la complessità del tema<sup>26</sup>. Non possiamo certo affrontarlo qui *ex professo*, soprattutto dal versante dell'opportunità di incriminazioni *anticipate, di rischio, e non solo con evento di pericolo*. Confidiamo però di aver fatto emergere alcuni profili di indagine nuovi e meritevoli di approfondimento, anche nel quadro della tematica dell'imputazione oggettiva in senso lato, applicata alle singole norme incriminative.

---

<sup>24</sup> Proprio questo aspetto sottolinea il punto di divergenza forse maggiore, sul piano politico-criminale, dalla posizione sostenuta da MARINUCCI, *Non c'è dolo*, 14 ss., che «esalta» le acquisizioni della scienza penale italiana in materia di colpa, ritenendole assenti nell'area tedesca dove, appunto per questo, ci sarebbe stato «spazio» o motivo per creare l'imputazione oggettiva, quando peraltro sarebbe bastata una buona teoria normativistica della colpa. Ora, la mancata valorizzazione della valenza «generale» dell'applicazione di vari criteri, estensibili anche al dolo, è la riprova che con un atteggiamento nazionalista si celano i limiti della nostra impostazione tradizionale: la mancata elaborazione di parametri diversi da quelli (ritenuti) adattabili alla sola colpa (a parte i fattori eccezionali di Antolisei) ha impedito di sviluppare il tema più generale del «nesso di rischio» e della distinzione tra responsabilità per fatto proprio e principio di colpevolezza, anche dopo l'affermazione di quest'ultimo.

<sup>25</sup> Per alcuni suggerimenti a tale proposito rinvio a DONINI, *Per un modello di illecito penale minore*, in corso di pubblicazione.

<sup>26</sup> Per tutti, ancora, PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, 140 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*<sup>3</sup>, 224 ss., 331 ss., 515 ss.

## CAPITOLO VI

### UN BILANCIO NON SOLO CONSUNTIVO

SOMMARIO: 1. Gli errori manifesti della prevalente dottrina tedesca. Loro emendabilità. – 2. Definizione dell'imputazione oggettiva. Ruolo dogmatico e politico-criminale della categoria. – 3. Il 'posto' del nesso di rischio nella manualistica e nella didattica.

#### 1. *Gli errori manifesti della prevalente dottrina tedesca. Loro emendabilità*

Poche parole per ricordare *alcuni errori manifesti delle teorie dell'imputazione oggettiva* nella loro elaborazione in area tedesca.

Il primo vizio fondamentale del movimento teorico d'origine è stato quello di raccogliere confusamente molteplici argomenti scelti per motivare la soluzione di casi, come se fossero criteri legali, elementi di diritto positivo (quali sono la causalità, il pericolo, la lesione di un bene giuridico, ecc.), laddove essi non costituivano altro, in larga parte, che meri luoghi argomentativi, figure retoriche di un pensiero problematico (anziché sistematico) che muove dai casi<sup>1</sup>. È accaduto così che il rischio generico dell'esistenza, la diminuzione del rischio o l'aumento del rischio, ovvero lo scopo di tutela della norma o il principio di autoresponsabilità assurgessero a «criteri» d'imputazione o di non imputazione di un evento, *al pari* della causalità, tanto da affiancarla o addirittura, in certi casi, da sostituirla, in un'*escalation* che ha introdotto eccessi di normativismo pari agli eccessi del vecchio «causalismo»-naturalismo o del finalismo.

Secondo un approccio più equilibrato, invece, non poteva trattarsi altro che di modi di argomentare con cui la dottrina cercava di spiegare perché in certi casi, o rispetto ad alcuni esempi prospettati, non si dava luogo a responsabilità, ma nient'affatto di criteri rigorosi di portata generale, da impiegare deduttivamente come parametri di diritto positivo. Erano piuttosto argomenti per concretizzare norme (di parte

---

<sup>1</sup> Nello stesso senso, da ultimo, FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., 3 (del dattiloscritto).



generale o speciale) e «aggregare» le soluzioni attorno a nuovi punti di vista, a un'evoluzione ermeneutica nella decisione dei casi. Si cercava il «nesso di rischio» come categoria, ma non lo si era ancora trovato. La casistica «disperante», anzi, è una caratteristica nota dello sviluppo della teoria, a scapito del suo rigore sistematico<sup>2</sup>.

Si è detto, per es., che non si può rispondere di un evento cagionato, in ipotesi di *diminuzione del rischio* del suo verificarsi. Ma che cosa significa diminuire il rischio? I «casi» che si discutono sono assolutamente scolastici: si ipotizza il comportamento di chi devia una pietra che sta «volando» sulla testa di una persona e viene così orientata su una parte del corpo meno pericolosa<sup>3</sup>. Si afferma che si tratterebbe di ipotesi non insolite nella realtà, ma francamente si dovrebbe chiarire con quale fine il soggetto ha agito: se si diminuisce un rischio illecito – per es. individuando accorgimenti per attenuare il pericolo di incidenti sul lavoro, ma senza regolarizzare veramente gli impianti – per meglio continuare a perpetuare una situazione antigiuridica, si risponde egualmente dell'evento che ne sia conseguito; se si consiglia al complice di realizzare il furto o la lesione personale in modo «meno lesivo», non è che si potrà ottenere più di un'attenuante ...

Amesso che le ipotesi formulate siano invece vere azioni di salvataggio (come nel primo esempio formulato), è chiaro, allora, che non si tratta di un criterio «oggettivo» d'imputazione di tipo generale, mutando radicalmente la soluzione *a seconda del fine* con il quale la condotta è posta in essere.

Un altro presunto «criterio» generale d'imputazione oggettiva è quello dello *scopo di tutela della norma*<sup>4</sup>. Si afferma che non si risponde del risultato cagionato se la norma violata non mirava a evitare quel tipo di evento. L'assunto, se venisse limitato ai reati colposi, sarebbe scontato. Si tratta del normale criterio d'imputazione della colpa costituito dalla *ratio della regola cautelare* (che si collega al tema della causalità della colpa): si possono anche avere le luci dei freni bruciate, ma se l'incidente avviene di giorno su una strada urbana perché il conducente è tamponato durante la corsa e non durante una frenata, le luci rotte non hanno nessun valore esplicativo del sinistro e dunque la regola cautelare pur violata non rende (cor)responsabile il guidatore tamponato. In realtà, questo

<sup>2</sup> V. i conformi rilievi di MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, 94, e di ANARTE BORRALLO, *Causalidad*, 266.

<sup>3</sup> ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, § 11/53.

<sup>4</sup> Per una critica radicale al suo utilizzo cfr. W. DEGENER, «*Die Lehre vom Schutzzweck der Norm*» und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, Nomos, Baden-Baden, 2001. In precedenza ricordo quanto già osservato in DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 361 ss., nonché da FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 562 ss. Cfr. anche RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva*, 363 ss.

normale criterio d'imputazione dell'evento nel reato colposo è stato «esteso» a ben altre tipologie di casi, come le cause sopravvenute. Si è detto, per es., che i casi dell'incendio dell'ospedale o del grave errore sanitario sopravvenuto non sono da imputare al primo agente (doloso o colposo) perché lo scopo della norma violata (quale?) non sarebbe quello di evitare eventi di quel tipo, che possono accadere a chiunque si trovi in un ospedale. Ora, poiché non si tratta di scopo della regola «cautelare» violata (le lesioni personali prodotte possono essere dipese da mille violazioni di regole distinte), si dovrebbe trattare di *scopo della norma incriminatrice*: ma che nello «scopo» della norma sulle lesioni, o sull'omicidio, o sulle lesioni come conseguenza di altro delitto, qualcuno abbia veramente trascritto il criterio che decide la non imputazione di un evento di quel tipo è assunto che da tempo appare ai più privo di basi normative. Un criterio di grande manipolabilità e incertezza applicativa.

Si capisce bene che in sistemi dove manca una disciplina positiva della causalità e dell'imputazione oggettiva si possa cercare di «inventarsi» un parametro di questo tipo, ma in ordinamenti come il nostro manca la stessa tentazione di farlo. Ovviamente potrà sempre accadere che lo scopo di un'incriminazione consenta l'esclusione di certi tipi di rischi: si tratterà, peraltro, a questo punto, di un *tipico problema di parte speciale*.

La *trasformazione dell'omissione in colpa* (appiattendolo l'elemento oggettivo su quello soggettivo) è un effetto diretto delle teorie dell'aumento del rischio: dicendo che basta aumentare il rischio nel giudizio di evitabilità della colpa, ci si è mossi nella direzione di accontentarsi dell'aumento del rischio anche in caso di omissione pura e di colpa omissiva. Qui, però, l'aumento del rischio si sostituisce a una causalità naturalistica per definizione mancante, come si è visto. In tal modo, tutte le condotte omissive sono state «trattate» come se il problema del nesso oggettivo tra condotta ed evento fosse già provato, e si è discusso solo del nesso tra colpa ed evento: ciò che peraltro trasforma reati di evento in reati di pericolo, là dove manchi a monte il condizionamento fra condotta e risultato, per il fatto che esso si identifica con il giudizio di evitabilità da parte del comportamento osservante o alternativo lecito. A questo punto è subentrata la tentazione di considerare tutti «garanti», gli autori di fatti commissivi come quelli di vere omissioni: tutti portatori di doveri di *status*, tutti inquadrati in un ruolo, con un'attrazione del paradigma teorico del reato non più nel delitto commissivo di evento (un eccesso tradizionale), ma in quello omissivo e proprio (un eccesso postmoderno)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Per una discussione dell'argomento cfr. DONINI, voce *Teoria del reato*, 287 s.; ID., *Il volto attuale*, 97-115; CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, 459 ss.; SCHÜNEMANN, *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*, in GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (Hrsg.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 49 ss.

Attualmente, in Italia, si corre il pericolo opposto: vale a dire il pericolo che, dopo la sentenza Franzese delle Sezioni Unite del 2002, si attui una trasformazione della colpa in omissione, riducendo l'elemento soggettivo a quello oggettivo, e richiedendo la certezza di evitare l'evento anche quando già constino la causazione da parte della condotta colposa attiva e una pregnante evitabilità (più probabile che no: ante, Cap. IV, parr. 3-5).

Uno degli errori più manifesti delle teorie dell'imputazione oggettiva di matrice tedesca (non però di quelle italiane) è stato quello di sottintendere la colpa al dolo quasi che il fatto doloso fosse solo un illecito «speciale» rispetto al fatto colposo (ante, Cap. IV, par. 2). Ciò ha portato a far credere che criteri come l'aumento del rischio, come l'evitabilità, come lo scopo di tutela di una qualche regola cautelare, dovessero applicarsi indiscriminatamente alle realizzazioni dolose: con un evidente disorientamento dovuto alla stretta aderenza di alcuni criteri ai soli fatti colposi o a quelli omissivi (in tal caso anche dolosi).

L'aspetto forse più disorientante di tutti, però, è stato l'utilizzo del termine «oggettiva» in rapporto all'imputazione. Se si fosse parlato d'imputazione normativa della causalità o di imputazione tout court, del rischio, del dolo o della colpa, sarebbe stato tutto più facile. Invece l'imputazione ha preteso d'individuare una nuova collocazione sistematica (accanto a, o al posto di rischio, causalità, dolo e colpa, ecc., ma anche al posto, talora, del nesso di rischio stesso), la quale appariva però molto confusa. È stata definita «oggettiva» perché riguardava l'elemento oggettivo classico precedente dolo e colpa (così nella fase iniziale, ai tempi di Larenz e Honig), ma poi è diventata oggettiva perché riguardava in primo luogo la colpa, la cui dimensione 'oggettiva' era ritenuta estensibile senza mezzi termini anche al dolo nonostante che riguardasse anche aspetti del fatto «condizionati» dal diverso elemento psicologico (per es. il rischio del fatto colposo e quello del fatto doloso avrebbero una loro dimensione oggettiva, comune, che si vede nello scopo della norma violata come anche nell'aumento del rischio o nella diminuzione del rischio, quando però il diverso atteggiamento del volere impone molti adattamenti e non consente trattazioni «unitarie»); poi si è parlato d'imputazione oggettiva nel significato delle condizioni obiettive di punibilità: oggettiva in quanto «applicata dal giudice, ex post» secondo una logica normativistica del giudizio di diritto, che prescinde dalla sua rappresentazione o conoscenza al tempo dell'azione (così l'imputazione oggettiva nel caso dell'*aberratio causae*, per es., o nel caso di c.d. imputazione oggettiva del dolo, là dove i rischi prodotti ma non rappresentati si ritengono ascritti solo perché normativamente congrui e dunque imputati a dolo); infine l'imputazione, senza quasi neppure la qualifica di «oggettiva» o soggettiva (ma pur sempre piena di riferimenti all'imputazione oggettiva), è stata intesa in

un significato antico e rinnovato, molto largo di teoria generale della responsabilità penale: così la ritroviamo per es. in autori come Hardwig, Hruschka, Jakobs, Wolter, Lesch<sup>6</sup>.

Insomma: il lettore straniero (ma credo anche quello tedesco) è messo di fronte a compiti molto ostici di orientamento e comprensione, che risultano defatiganti per la media dei pur volenterosi ricercatori, e spesso irritanti per gli altri.

In questo studio, cercando di semplificare al massimo la sostanza e le ramificazioni concettuali di un dibattito mai compiutamente decifrabile<sup>7</sup>, si è cercato di eliminare fin da principio i difetti qui brevemente elencati e presenti nel dibattito d'oltralpe distinguendo principalmente tra un'imputazione oggettiva in senso stretto e in senso lato, così ammettendo e ordinando fin dal principio i due ineliminabili significati principali dell'«oggettivo», tra i vari altri che esistono e pure ricorrono: a) oggettivo perché comune a dolo e colpa e indipendente dal soggetto (ma non dalla potenziale conoscibilità di qualsiasi soggetto); b) oggettivo perché realizzazione nel fatto del rischio attivato dall'azione già dolosa e colposa e da quella contrassegnata e dipendente<sup>8</sup>.

Crediamo che il discorso ne abbia guadagnato quanto meno in chiarezza e trasparenza.

## 2. Definizione dell'imputazione oggettiva. Ruolo dogmatico e politico-criminale della categoria

*L'imputazione oggettiva è la categoria tecnica (o dogmatica) che esprime il principio di responsabilità per fatto proprio all'interno dell'analisi del fatto tipico, sia dell'aspetto oggettivo del fatto tipico (imputazione oggettiva in senso stretto), e sia anche all'interno dell'aspetto del fatto tipico che più rimane segnato dalla presenza del dolo o della colpa,*

<sup>6</sup> Per l'analisi di queste nuove «Zurechnungslehren» v. FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand*, 725 s., 738 ss.

<sup>7</sup> Non si deve confondere la complicatezza e la difficoltà della produzione su questo tema con la sua profondità. Solo alcuni AA. mostrano una profondità e una novità di pensiero, e più convincenti appaiono solitamente quelli che presentano una trattazione lineare e senza troppe pretese dogmatiche. In particolare, sono proprio alcune esemplificazioni manualistiche o didattiche a offrire un 'quadro' persuasivo o almeno chiarificatore.

<sup>8</sup> Per una rassegna di altre accezioni (e tutte legittime) del termine «oggettivo» nella dottrina penalistica si consenta di rinviare ancora a DONINI, *Selettività e paradigmi*, 355-357, nota 18.

e che corrisponde a profili di rilevanza giuridica dell'elemento soggettivo tradizionale (imputazione oggettiva in senso lato), dove permane l'esigenza di collegare la condotta già soggettivamente qualificata con il risultato secondo un particolare nesso di rischio, che è autonomo dal nesso causale. Essa riguarda la produzione di un rischio illecito quale premessa della responsabilità penale e la sua realizzazione nell'evento quale requisito per l'imputazione di quest'ultimo: suo oggetto specifico è dunque il «rapporto di rischio» tra condotta ed evento.

Essa presuppone che l'evento ascritto non sia una condizione di punibilità (le condizioni obiettive non si imputano) e individua i criteri, oltre a quello fondamentale della causalità, per distinguere l'evento costitutivo del reato dalle condizioni obiettive di punibilità. Per tale ragione essa si presenta, fin dalla sua origine teorica, come la dottrina che *studia l'attribuzione di un risultato al soggetto come «opera sua» (e quindi come «fatto proprio»)*, e si propone di distinguere l'ambito di responsabilità di chi agisce rispetto alle sfere di competenza del caso, della vittima o di terzi, tali da attrarre a sé la spiegazione giuridica esclusiva di un evento lesivo o pericoloso pur prodotto o condizionato dal soggetto agente.

L'imputazione oggettiva affronta la soluzione di costellazioni di ipotesi diverse, ma in tutte non è mai in discussione, sul piano probatorio, ciò che il soggetto ha voluto. L'elemento strettamente «soggettivo» è dunque o tacitamente presupposto, o messo fra parentesi<sup>9</sup>, e dunque si tratta di una categoria che è pensata per situazioni dove è realizzato il principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa*.

La categoria, peraltro, ha conosciuto due stagioni ben distinte: la prima corrisponde a quella che si può definire imputazione oggettiva in senso stretto. La seconda, cronologicamente posteriore, corrisponde all'imputazione oggettiva in senso lato.

---

<sup>9</sup> Non appartiene all'elemento strettamente soggettivo, secondo questo ordine del discorso, l'aspetto della *rappresentabilità del rischio*, perché esso non contrassegna specificamente né il dolo, né la colpa nella loro identità. La rappresentabilità riguarda l'elemento oggettivo in senso stretto e l'imputazione oggettiva in senso stretto. Nella misura in cui esistano – secondo quanto opinato da alcuni – rischi tipicamente dolosi (che non si traducano in un vietato *dolus in re ipsa*: potrebbe essere il caso, *de lege ferenda*, del rischio richiesto per il dolo eventuale, o per la prova di esso), essi non riguardano l'imputazione oggettiva in senso stretto (che concerne profili di rischio comuni a dolo e colpa). Rischi tipici della sola colpa (questi invece esistono sicuramente, perché le regole cautelari contrassegnano livelli di rischio spesso del tutto insufficienti per il dolo) o del solo dolo (interni al fatto tipico soggettivo: per es. problemi di *aberratio* tra il voluto e il realizzato) pongono peraltro problemi d'imputazione oggettiva in senso lato, perché occorre che l'evento che si imputa sia comunque «fatto proprio» della condotta tipica, e quindi congruente con il rischio attivato da quest'ultima.

L'imputazione oggettiva *in senso stretto*, che storicamente è quella che meglio ne connota l'idea originaria tra la fine degli anni Venti e l'inizio degli anni Trenta del secolo scorso (Larenz, Honig, e poi Engisch, in Germania, Antolisei in Italia) riguarda i profili del rischio e della sua realizzazione nel fatto tipico e nell'evento, che rilevano indistintamente rispetto a dolo e colpa (superamento del rischio consentito, causalità, cause sopravvenute), dove l'elemento soggettivo, dunque, non svolge un ruolo di selezione. Essa riguarda l'azione, il rischio illecito e l'evento negli aspetti 'oggettivi' intesi in un significato sistematico classico, che rimangono il presupposto di ogni imputazione soggettiva del fatto (e punto di riferimento dell'elemento soggettivo).

L'imputazione oggettiva *in senso lato*, invece, sviluppatasi teoricamente soprattutto dagli anni Settanta, riguarda la realizzazione nell'evento del rischio attivato dalla condotta già colposa o dolosa (evitabilità dell'evento nella colpa e nell'omissione, comportamento alternativo lecito, teorie dell'aumento del rischio per gli ordinamenti che ne consentano l'impiego, realizzazione nell'evento dello specifico rischio illecito tipizzato dalla legge incriminatrice: v. eventi a distanza, ruolo dell'insolvenza nella bancarotta, delitti contro l'incolumità pubblica, ecc.) ma non ne definisce la colposità o dolosità soggettive (come tali presupposte o ipotizzate), quanto piuttosto la congruità del rapporto di rischio, affinché alla condotta già colposa o già dolosa (*ex ante*) sia accolto un evento che costituisca (*ex post*) l'effettiva materializzazione del rischio illecito attivato dalla condotta.

L'imputazione oggettiva, così intesa, anticipa a livello di *tipicità* problemi che non appartengono né alla colpevolezza (che non è mai maggiore o minore a seguito della verifica del rapporto di rischio fra condotta ed evento), né all'antigiuridicità, perché il tema del rischio consentito non tocca mai il profilo della legittimità della causazione dell'evento e di quest'ultimo in sé considerato (che resta non giustificato), ma solo della condotta che lo produce (in sé legittima). Rilevante, a tale proposito, è l'apporto fornito all'autonomia del rischio consentito rispetto ai temi della colpa e delle scriminanti, nei quali era stato assorbito o confinato.

Molto chiaro, in ogni caso, deve restare che *la portata pratica della categoria e dei problemi che affronta, è circoscritta a incriminazioni specifiche* (non solo di lesioni e omicidio, però, ma anche altri reati colposi di evento, reati fallimentari, delitti dolosi a forma vincolata o con evento «a distanza»), *dove presenta aspetti di sicura rilevanza pratica, ovvero a casi non ordinari per la quotidianità del processo: non si «accertano» questioni d'imputazione oggettiva con la costanza con cui si accerta l'elemento oggettivo essenziale ad ogni reato. Più vicini alla frequenza delle sue problematiche sono accertamenti come quelli delle scriminanti o delle scusanti, o dell'imputabilità. La stessa causalità, come è*

*noto dai tempi di Belling, emerge 'come problema' solo in poche fattispecie. Ciò non toglie, peraltro, che l'imputazione oggettiva resti a pieno diritto una categoria di parte generale.*

Se si considera, infatti, che i delitti di omicidio e lesioni, da un lato, e quelli di bancarotta, dall'altro, sono le incriminazioni più rilevanti per la costruzione dei concetti generali del reato, la diretta incidenza dell'imputazione oggettiva su tali fattispecie ne esalta il valore di categoria di valenza generale.

Se, peraltro, anziché da una «categoria dogmatica», si parte dal principio di responsabilità per fatto proprio, e se ne individua la piena autonomia dal principio di colpevolezza<sup>10</sup>, si apre uno scenario nuovo per la materia trattata<sup>11</sup>.

Sul piano dogmatico, l'imputazione oggettiva affronta in parte alcune questioni unitarie a tutti i reati, e nel far ciò eredita alcune funzioni (non sempre tutte) delle vecchie teorie dell'azione, della causalità adeguata, dell'adeguatezza sociale, assorbendo in sé pure le questioni una volta trattate nell'ambito del rischio consentito e in parte all'interno della (sola) colpa. Non si tratta, tuttavia, di un doppione della colpa, perché viene ripensato tutto il rapporto fra l'oggettivo e il soggettivo in una cultura successiva alla svolta welzeliana e della costruzione separata dei tipi di reato. La colpa non ne risulta svuotata (nella lettura qui proposta) ma solo depurata dell'ingombrante fardello del rischio consentito, e per il resto più soggettivizzata (sì che appare sempre più chiaro che cosa c'è di soggettivo e non solo di oggettivo e normativo al suo interno), e precisata in alcuni aspetti centrali rimasti in ombra fin qui (la soluzione del tema del comportamento alternativo lecito o del rapporto fra causalità della condotta e causalità della colpa), laddove il dolo ne emerge addirittura arricchito, perché nulla si toglie al suo ca-

<sup>10</sup> V. sul punto quanto già evidenziato in DONINI, voce *Teoria del reato*, 281 ss.; ID., *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I<sup>2</sup>, a cura di INSOLERA e altri, Giappichelli, Torino, 2000, 236 ss., e ora ampiamente (pur nella diversità dell'impianto), CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, 85 ss., 380 ss., 400 ss. e *passim*.

<sup>11</sup> Spesso in Italia è meglio ragionare per principi, perché si tratta di una forma concettuale più accattivante. Le categorie dogmatiche sono viste come strumentali rispetto ai principi. In questo c'è del vero e c'è del falso. Non intendo commentare ora un argomento così complesso. È però importante avere capito la vastità e la difficoltà del tema, ma anche la possibilità di ricondurlo ad alcune questioni di fondo molto tradizionali, mentre altre rappresentano il prodotto di casi e processi figli della modernità e anche di un'analisi concettuale insoddisfatta dei paradigmi semplificatori: quelli ereditati dalla tradizione che riduce l'oggettivo alla causalità e il soggettivo a dolo e colpa, così costringendo a riempire entrambi (causalità ed elemento soggettivo) di una quantità eccessiva di parametri normativi che ne snaturano e appesantiscono il contenuto e l'idea.

pitolo (composto di dolo come azione e tipicità, e dolo come colpevolezza), mentre lo si corredda di nuove esigenze di definire il rapporto di rischio al suo interno, soprattutto nei reati a forma vincolata e in quelli con evento a distanza.

In ultima analisi, però, solo enucleando il nesso di rischio dal calderone di *topoi* presentato dalla prevalente letteratura tedesca e spagnola, si riesce a guadagnare l'identità di una categoria del reato veramente nuova.

*Sul piano politico* la teoria dell'imputazione oggettiva mira a definire, col principio di responsabilità per fatto proprio, *spazi di libertà* di fronte alla minaccia di una responsabilità «per la causazione», circoscrivendo il penalmente rilevante in modo da affrancarlo da forme di responsabilità maggiorata in ragione della malvagità delle intenzioni (casi di dolo), sì da esprimere il principio di laicità. Vengono così individuate, sia nei reati commissivi che in quelli omissivi, le 'sfere di competenza' dell'autore di un reato da quelle che appartengono alla vittima stessa o ai terzi, promuovendo la soluzione di tematiche come i danni a distanza e il principio di autoresponsabilità della vittima.

Un prodotto più generale di politica dell'interpretazione è quello di calibrare meglio il rapporto fra disvalore d'azione e disvalore d'evento, come ben si vede a proposito di tematiche come l'aumento del rischio e il comportamento alternativo lecito nella colpa, o dentro a fattispecie come la bancarotta dolosa.

*Sul piano culturale* più ampio, l'elaborazione della categoria, negli ultimi trenta-trentacinque anni, si è accompagnata a *uno stile argomentativo articolato*, che utilizza diversi *topoi*, diversi magazzini di argomentazioni per la soluzione dei casi, ben oltre la cultura statistica del rischio concepito dalle teorie dell'adeguatezza, e privilegia questo stile nuovo a quello logico-deduttivo della tradizione tecnico-giuridica. Non si tratta, tuttavia, solo di un «ensemble di topoi», come è stato detto ingenerosamente<sup>12</sup>, perché questa impressione era vera al sorgere della teoria (v. quanto detto sulla casistica disperante come vizio d'origine: par. prec.), quando aumento del rischio, diminuzione del rischio, rischio generico dell'esistenza, atipicità dei decorsi causali, scopo di tutela della norma, principio di autoresponsabilità, divieto di regresso, e chi più ne ha più ne metta, erano tutti modi per argomentare la soluzione di casi che ponevano problemi di valutazione normativa del rischio, non dell'elemento soggettivo in senso psicologico (dato per acquisito), e per questo sono stati allocati nel contenitore dell'imputazione «oggettiva». La trattazione ha però dimostrato come ci sia (e col tempo si sia profilato più chiaramente) un nucleo di dogmatica fonda-

---

<sup>12</sup> Arm. KAUFMANN, *Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?*, 271.



mentale, di scienza dogmatica<sup>13</sup> che l'imputazione oggettiva aiuta a valorizzare, rendendo possibili mediazioni insospettite fra la tradizione e le evoluzioni più moderne, fino a quelle di tipo funzionalista che si sono impadronite (oltre misura) dell'*objektive Zurechnung*. E tuttavia non si sarà mancato di notare che lo stile argomentativo della teoria è più vicino alla giurisprudenza degli interessi che non a quella dei concetti, è aperto e sensibile al problema più che al sistema.

*Sul piano pratico e operativo*, infine, l'imputazione del rischio e dell'evento non può avere l'ambizione di occupare un campo più vasto di quello che le spetta: essa non mira solo a inquadrare meglio vari casi facili, ma anche a risolvere un ventaglio di casi problematici importanti, per quanto più circoscritto di quelli che pongono l'accertamento del dolo o l'incidenza delle fonti comunitarie sulla legislazione penale. Tuttavia, l'ambito vero di applicazione è degno della massima attenzione da parte dell'operatore, e non certo più limitato di quello che sollevano i casi difficili che si presentano in tema di errore di diritto penale, scusanti, *abolitio criminis*, concorso di persone, ecc. Essa si occupa o di questioni di importanza pratica molto rilevante, ma relative ad alcune fattispecie o tipologie di reati (per es. reati colposi, omissivi, ma anche dolosi con eventi a distanza, vicini alle c.o.p.: evitabilità e comportamento alternativo lecito, divergenza tra il rischio voluto e quello realizzato, successione nelle posizioni di garanzia, rilevanza del comportamento della vittima o di terzi, ecc.), ovvero a questioni di impatto pratico modesto solo per la minore frequenza dei casi (per es. problemi di «interruzione» dell'imputazione causale rispetto a cause sopravvenute). Ma non è tutto. L'analisi del nesso di rischio promette di aprire l'orizzonte dell'attenzione anche verso campi nuovi: la ridefinizione dei rapporti fra dolo e colpa, l'anticipazione dello studio della colpa rispetto a quello del dolo, la concretizzazione del rischio nei reati dolosi realizzati muovendo da un contesto lecito di base, e quindi una diversa analisi della tipicità in fattispecie dolose di parte speciale a forma vincolata o che si innestano su discipline normativamente definite in campo extrapenale, superando il relativo rischio consentito.

Ecco, a tutte queste domande, che rilevano anche per i temi della riforma (per es. la riscrittura del vigente art. 41 cpv., la redazione di una norma sul comportamento alternativo lecito, una diversa attenzione al tema degli eventi a distanza nella tipizzazione dei reati dove

---

<sup>13</sup> Sul significato permanente della dogmatica (in un contesto pluralistico, peraltro), come parte della scienza penale, anche nel clima attuale di crisi di questo stile di pensiero, si consenta di rinviare a DONINI, *Il volto attuale*, 156-159, 90-93, e Cap. IX, 281 ss.; Id., *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, 37 ss.

emergono tali aspetti, e nella gestione interpretativa di temi come la successione di posizioni di garanzia, ecc.), l'imputazione oggettiva, i.e. il parametro del nesso di rischio, offre ben più di un magazzino di argomentazioni: offre la base teorica e culturale di una risposta vera, sistematica e non estemporanea.

Se per qualche ragione non dovesse trovare accoglimento generale nella nostra cultura la convenzione linguistica che aggrega le tematiche qui ricostruite attorno alla nozione di imputazione oggettiva, in ogni caso il «nesso di rischio» e la responsabilità per fatto proprio sono nozioni capaci di attrarre pienamente in sé le *medesime problematiche*.

Peraltro, sul piano del dialogo europeo e internazionale, considerata la profonda tradizione culturale di scambi con le aree di lingua tedesca e spagnola in tema di analisi del reato, il riferimento all'imputazione oggettiva consente di attuare una strategia di comunicazione più accattivante e comprensibile all'interno di questo *milieu*. Sul piano di un'esportazione linguistica e tecnica allargata ad altri ordinamenti o sistemi giuridici, invece, saranno più decisive le questioni di sostanza, e a tale riguardo proprio il *nesso di rischio* e la *responsabilità per fatto proprio* mi paiono i concetti meno impregnati di convenzioni linguistiche etichettabili come provenienti da una specifica area culturale.

Lo stesso dibattito italiano, se si guarda alla sostanza delle cose, potrebbe adottare la categoria del nesso di rischio, al posto di quella dell'imputazione oggettiva, presso coloro che conservassero diffidenze di tipo sistematico, ma anche presso coloro che sono più fiduciosi a tale riguardo i due concetti (pur distinti) si possono avvicinare e utilizzare varie volte come sinonimi.

È con queste acquisizioni che si può valutare positivamente il bilancio degli ultimi trenta o quaranta anni di dibattito, e redigerne uno preventivo per il futuro.

### 3. Il 'posto' del nesso di rischio nella manualistica e nella didattica

Abbiamo visto che il nesso di rischio è un dato normativo trasversale all'elemento oggettivo e a quello soggettivo, e che attiene, per chi segua un'analisi costruita su fatto tipico (illecito) e colpevolezza, al fatto tipico. Il 'posto' dove la sua funzione si esalta meglio è sicuramente, per i reati colposi, la parte generale, mentre per i reati dolosi è la parte speciale. C'è, è vero, un ambito di rischio consentito e di selezione dei rischi che è comune a dolo e colpa, ma esso riguarda un ventaglio abbastanza circoscritto di casi e già da sempre è stato collocato *dentro* alla causalità, e in futuro potrebbe starle *accanto*, ma senza pretendere eccessivi spazi. C'è anche la tematica dei rapporti fra dolo e colpa,

che ha un valore di parte generale, ma si può condensare, in un'opera didattica, in uno spazio ben circoscritto.

Chi ha pensato che l'imputazione oggettiva si riduca a tali questioni, non ha potuto che ridimensionare inevitabilmente il suo ruolo. Viceversa, abbiamo visto che il nesso di rischio (che l'imputazione oggettiva esprime) è concetto tale da investire problematiche assai più rilevanti nell'interpretazione dei reati colposi e dolosi anche nelle loro peculiari specificità, e quindi come questioni di valore generale sotto il profilo del principio di responsabilità per fatto proprio, ma ben differenziate quanto a traduzione tecnica «nel fatto doloso» e «nel fatto colposo».

Tornando dunque a questo secondo e più succoso aspetto, dobbiamo prendere atto che il tema dell'aumento del rischio, della causalità della condotta e della causalità della colpa, dell'evitabilità, del comportamento alternativo lecito, della differenza tra causalità commissiva e omissiva nei risvolti specifici di «imputazione» che possono emergere, ecc., sono profili di sicura valenza per lo studio della «parte generale» che attiene ai rapporti tra causalità, omissione, rischio e colpa.

Per quanto concerne il reato doloso, invece, tolto il richiamo generale al superamento del rischio consentito, tolto anche il valore altrettanto generale del capitolo su concause, rischi sopravvenuti, ecc., l'analisi più specifica del nesso di rischio nel fatto tipico doloso varia molto a seconda delle singole incriminazioni, e soprattutto riguarda alcune tipologie di esse. È vero che una parte di questi problemi può essere «confinata» nello studio delle condizioni obiettive di punibilità e attraverso la distinzione tra l'evento costitutivo e l'evento «a distanza» che si avvicini alle c.o.p., però è soprattutto lo studio approfondito della parte speciale che fa risaltare le questioni.

Ciò rende problematico illustrare la sua «generalità» a livello didattico, dato che nell'insegnamento della parte generale le singole incriminazioni compaiono normalmente come «esempi» e per cogliere i rapporti fra imputazione oggettiva e dolo occorre che le fattispecie siano analizzate con una certa profondità. Ecco perché, probabilmente, nelle tendenze semplificatrici tipiche della didattica, ha prevalso uno sviluppo teorico di «casi» che per il dolo sono molto scolastici. Va anche detto, peraltro, che la percezione dell'importanza del nesso di rischio nei reati dolosi è stata, fin qui, assai modesta o quasi assente, e una volta che la si sia scoperta e apprezzata meglio, la sensibilità didattica dovrebbe crescere.

È quindi possibile, ritengo, dedicare uno spazio esemplificativo anche al tema del rischio dentro al capitolo riguardante il dolo (il fatto doloso) in generale, articolando gli esempi tra il dolo generale, le fattispecie a condotta vincolata, quelle con evento a distanza e i casi di condotte dolose al confine tra fare e omettere (per quanto riguarda i percorsi causali ipotetici).

Il discorso più generale di tutti, però, rimane quello che concerne il principio di responsabilità per fatto proprio nella sua autonomia dal principio di colpevolezza. A tale riguardo, sia chi segua una sistematica italiana classica, sia chi adotti categorie più dialogiche rispetto alle tradizioni «tripartite» che muovono, per noi, da Delitala e che oggi sono ormai in parte postwelzeliane (nelle letture che variamente ne hanno recepito le diverse «scuole»), potrà fare propria la «cosa stessa» di cui abbiamo parlato, al di là delle etichette, conferendole un'adeguata collocazione trasversale rispetto alle problematiche qui emerse. E ancora una volta, assistiamo al fenomeno per il quale a un medesimo 'principio', che è espresso al meglio attraverso nozioni come il rapporto di rischio (o l'imputazione oggettiva), corrispondono applicazioni che in realtà interessano molteplici 'categorie' del sistema.



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Teorías actuales en el derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.
- AA.VV., *La riforma del codice penale. La parte generale*, a cura di C. DE MAGLIE e S. SEMINARA, Giuffrè, Milano, 2002.
- AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. DONINI, Giuffrè, Milano, 2003.
- AA.VV., *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, a cura di JORIO e FORTUNATO, *Quaderni di Giur. comm.*, Giuffrè, Milano, 2004.
- AA.VV., *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, a cura di M. CAVINA, Forum, Udine, 2004.
- ALBEGGIANI Ferdinando, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, 403 ss.
- ALESSANDRI Alberto, *Il primo comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA-PIZZORUSSO, *Rapporti civili. Artt. 27-28*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1991.
- ALESSANDRI Alberto, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 111 ss.
- AMBOS Kai, *Beihilfe durch Alltagshandlungen*, in *JA*, 2000, 721 ss.
- ANARTE BORRALLO Enrique, *Causalidad e imputación objetiva. Estructura, relaciones y perspectivas*, Universidad de Huelva Publicaciones, 2002.
- ANGIONI Francesco, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1279 ss.
- ANTOLISEI Francesco, *Il rapporto di causalità nel diritto penale* (Padova, 1934), rist. Giappichelli, Torino, 1960.
- ANTOLISEI Francesco, *Manuale di diritto penale*, PG<sup>16</sup>, a cura di L. CONTI, Giuffrè, Milano, 2003.
- BASILE Fabio, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 2005.
- BAUMANN Jürgen-WEBER Ulrich-MITSCH Wolfgang, *Strafrecht*, AT<sup>11</sup>, Gieseking, Bielefeld, 2003.
- BERTACCINI Davide-PAVARINI Massimo, *L'altro diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2004.
- BETTIOL Giuseppe, *Diritto penale*<sup>10</sup>, Cedam, Padova, 1978.
- BINDING Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. II<sup>2</sup>, 1 Hälfte, Leipzig, 1914, rist. Scientia Verlag, Aalen, 1991.

- BLAIOTTA ROCCO, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2004.
- BLAIOTTA ROCCO, *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio* (in corso di pubblicazione).
- BLAIOTTA ROCCO-CANZIO Giovanni, voce *Causalità (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. II, a cura di M. CATENACCI-A. CELOTTO-E. CHITI-A. GIOIA-G. NAPOLITANO-L. SALVINI, Giuffrè, Milano, 2006, 821 ss.
- BONAFEDE Massimo, *L'accertamento della colpa specifica*, Cedam, Padova, 2005.
- BONDI Alessandro, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Esi, Napoli, 1999.
- BONDI Alessandro, *Philosophieverbot: l'agonia del diritto penale moderno*, in *Studi Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 99 ss.
- BRICOLA FRANCO, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Giuffrè, Milano, 1961.
- BRICOLA FRANCO, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Boll. Ist. Dir. proc. pen. Univ. Pavia*, A. Acc. 1960-61, 89 ss., ora in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Giuffrè, Milano, 1997, 67 ss.
- BURCKHARDT Björn, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die «Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven»*, in WOLTER Jürgen-FREUND Georg (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, C.F. Müller, Heidelberg, 1996, 99 ss.
- BURGSTALLER Manfred, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1974.
- VON BURI Maximilian, *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Gießen, 1860.
- BUSTOS RAMÍREZ Juan, *Die objektive Zurechnung. Methodologische und systematische Fragen*, in *Gedächtnisschrift Arm. Kaufmann, C. Heymanns*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, 213 ss. (anche in originale spagnolo: *Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas)*, in *Estudios pen. y crimin.*, XII, 1989, 105 ss.).
- CADOPPI Alberto-VENEZIANI Paolo, *Elementi di diritto penale*, PG, Cedam, Padova, 2002.
- CAGLI Silvia, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, ed. provvisoria, Bologna, 2005.
- CANCIO MELIÁ Manuel, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- CANCIO MELIÁ Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal<sup>2</sup>*, Bosch Ed., Barcelona, 2001.
- CANCIO MELIÁ Manuel, *Líneas básicas de la Teoría de la imputación objetiva*, Ed. Jur. Cuyo, Mendoza (Argentina), 2004.
- CANESTRARI Stefano, *L'illecito penale preterintenzionale*, Cedam, Padova, 1989.

- CANESTRARI Stefano, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Giuffrè, Milano, 1999.
- CANZIO Giovanni, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1193 ss.
- CARACCIOLI IVO, *Manuale di diritto penale*, PG<sup>2</sup>, Cedam, Padova, 2005.
- CASTALDO Andrea R., *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in *Studi Urbinati*, 1985-86/1986-87/1987-88, 127 ss.
- CASTALDO Andrea R., *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 881 ss.
- CASTALDO Andrea R., *Aids e diritto penale*, in *Studi Urbinati*, 1988-89/1989-90, 15 ss.
- CASTALDO Andrea R., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Jovene, Napoli, 1989.
- CASTALDO Andrea R., *La concretizzazione del «rischio giuridicamente rilevante»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1096 ss.
- CASTRONUOVO Donato, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 3836 ss.
- CASTRONUOVO Donato, *La colpa penale: aporie e definizioni*, Bologna, 2004 (ed. provv.).
- CAVALIERE Antonio, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo a una sistematica teleologica*, Jovene, Napoli, 2000.
- CAVALIERE Antonio, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1443 ss.
- CENTONZE Francesco, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- CORBETTA Stefano, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, Tomo I, Cedam, Padova, 2003.
- CORCOY BIDASOLO M. Luisa, *Imputación «objetiva» en el delito imprudente*, in *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, XXVI, numero monografico su causalità e imputazione oggettiva, 33 ss.
- CORNACCHIA Luigi, voce *Reato aberrante*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Utet, Torino, 1996, 168 ss.
- CORNACCHIA Luigi, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004.
- D'ASCOLA Vincenzo Nico, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Esi, Napoli, 2004.
- DALIA Andrea Antonio, *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Jovene, Napoli, 1975.
- DAMÁSIO DE JESUS Evangelista, *Diagnóstico da Teoria da imputação objetiva no Brasil*, Editora Damásio de Jesus, São Paulo, 2003.
- DE FRANCESCO Giovannangelo, *Aberratio*, Giappichelli, Torino, 1998.
- DEGENER Wilhelm, *«Die Lehre vom Schutzzweck der Norm» und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte*, Nomos, Baden-Baden, 2001.
- DE VERO Giancarlo, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'ag-*



- giornata costruzione separata dei tipi criminosi, in *Studi Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1487.
- DI GIOVINE Ombretta, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 654 ss.
- DI GIOVINE Ombretta, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, Torino, 2003.
- DI MARTINO Alberto, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 61 ss.
- DONINI Massimo, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 175 ss.
- DONINI Massimo, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, parti I e II, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 588 ss., 1114 ss.
- DONINI Massimo, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991.
- DONINI Massimo, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996.
- DONINI Massimo, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium Iuris*, 1997, 592 ss.
- DONINI Massimo, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 338 ss.
- DONINI Massimo, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, 37 ss.
- DONINI Massimo, *I pagamenti preferenziali nella bancarotta (art. 216, terzo comma, legge fall.): frode ai creditori e colpa grave come limiti 'esterni' alla fattispecie. Il rischio non più consentito come elemento oggettivo 'interno'*, in *Studium Iuris*, 1999, 139 ss.
- DONINI Massimo, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1999, 238 ss.
- DONINI Massimo, *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I<sup>2</sup>, a cura di INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI, Giappichelli, Torino, 2000, 236 ss.
- DONINI Massimo, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 49 ss.
- DONINI Massimo, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, 1035 ss.
- DONINI Massimo, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, in AA.VV., *La riforma del codice penale. La parte generale*, a cura di DE MAGLIE e SEMINARA, Giuffrè, Milano, 2002, 139 ss., anche in ID., *Alla ricerca di un disegno*, Cedam, Padova, 2003, 315 ss., spec. 324 ss.
- DONINI Massimo, *Considerazioni critico-costruttive sul principio di colpevolezza*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, 249 ss.
- DONINI Massimo, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, 2857 ss.
- DONINI Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004.

- DONINI Massimo, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, in *Questione giust.*, 2004, 487 ss.
- DONINI Massimo, *Verbrechenslehre. Eine Betrachtung aus der Sicht des italienischen Strafrechts*, Berliner Wissenschafts Verlag, Berlin, 2005.
- DONINI Massimo, *Per un modello di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei delitti contro la salute pubblica*, Relazione al Convegno di Siracusa 2-3 dicembre 2005, su *La riforma penale rinviata: generazioni e progetti a confronto*, dattiloscritto, in corso di pubblicazione in un quaderno monografico sulla riforma dei reati contro la salute pubblica, Cedam, Padova, 2006.
- DONINI Massimo, *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea*, in corso di pubblicazione.
- DONINI Massimo, *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I<sup>3</sup>, a cura di INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI, Giappichelli, Torino, 2006 (in corso di pubblicazione).
- EBERT Udo, *Strafrecht*, AT<sup>3</sup>, Müller, Heidelberg, 2001.
- ENGISCH Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Mohr, Tübingen, 1931.
- ENGISCH Karl, *Die Kausalität im Recht*, in ID., *Vom Weltbild des Juristen*, Winter, Heidelberg, 1965, 110 ss.
- ERB Volker, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991.
- ESER Albin-BURKHARDT, Björn, *Strafrecht I. Allgemeine Verbrechenselemente*<sup>4</sup>, Beck, München, 1992.
- EUSEBI Luciano, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1053 ss.
- FEIJÓO SÁNCHEZ Bernardo José, *Resultado lesivo e imprudencia*, Bosch, Barcelona, 2001.
- FIANDACA Giovanni-MUSCO Enzo, *Diritto penale*, PG<sup>4</sup>, Zanichelli, Bologna, 2004.
- FIANDACA Giovanni, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, dattiloscritto (2006), in corso di pubblicazione.
- FIGLIORE Carlo, *L'azione socialmente adeguata in diritto penale*, Morano, Napoli, 1966.
- FIGLIORE Carlo-FIORE Stefano, *Diritto penale*, PG<sup>2</sup>, Utet, Torino, 2004.
- FORTI Gabrio, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990.
- FREUND Georg, *Strafrecht*, AT, Springer, Berlin-Heidelberg, 1998.
- FREUND Georg, *Vor § 13/269*, in *Münchener Kommentar zum StGB*, Beck, München, 2003.
- FRISCH Wolfgang, *Vorsatz und Risiko*, C. Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983.
- FRISCH Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg, 1988.
- FRISCH Wolfgang, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, in ROXIN

- Claus-JAKOBS Günther-SCHÜNEMANN Berndt-FRISCH Wolfgang-KÖHLER Michael, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, 19 ss.
- FRISCH Wolfgang, *Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre*, in GA, 2003, 719 ss.
- GALLO Marcello, *La teoria dell'azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca* (1950), rist. inalterata, Giuffrè, Milano, 1967.
- GARGANI Alberto, *Ubi culpa ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Indice pen.*, 2000, 581 ss.
- GARGANI Alberto, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Giappichelli, Torino, 2005.
- GIMBERNAT ORDEIG Enrique, *¿Que es la imputación objetiva?*, in *Estudios penales y criminológicos*, X, 1987, 167 ss.
- GIMBERNAT Enrique-SCHÜNEMANN Bernd-WOLTER Jürgen (Hrsg.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Müller, Heidelberg, 1995.
- GIUNTA Fausto, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. La fattispecie*, Cedam, Padova, 1993.
- GIZZI Lucia, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2005, 4107 ss.
- GÓMEZ RIVERO M. Carmen, *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- GÓMEZ RIVERO M. Carmen, *Zeitliche Dimension und objektive Zurechnung*, in GA, 2001, 283 ss.
- GRASSO Giovanni, *sub artt. 110/30-55, 114/2-5* in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II<sup>3</sup>, Giuffrè, Milano, 2005.
- GRECO LuíS, *Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum «Problem» des Sonderwissens*, in ZStW, 2005, 519 ss.
- GRECO LuíS, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- GROPP Walter, *Strafrecht*, AT<sup>3</sup>, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2005.
- HARDWIG Werner, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Cram, de Gruyter & Co., Hamburg, 1957.
- HASSEMER Winfried, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Müller, Heidelberg, 1994.
- HERZBERG Rolf Dietrich, *Der Vorsatz als «Schuldform», als «aliud» zur Fahrlässigkeit und als «Wissen» und «Wollen»?*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. IV. *Strafrecht, Strafprozessrecht*, Beck, München, 2000, 51 ss.
- HIRSCH Hans J., *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, in *Fest. der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln*, Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, 407 ss.
- HIRSCH Hans J., *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in Riv.

- it. dir. proc. pen.*, 1999, 745 ss. (orig. ted. in *Fest. Lenckner*, Beck, München, 1998, 119 ss.).
- HONIG Richard, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Festgabe R. Frank*, Bd. I, Tübingen, 1930, 174 ss.
- HRUSCHKA Joachim, *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, in *Rechtstheorie*, (22), 1991, 449 ss.
- HÜBNER Christoph, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.
- JAKOBS Günther, *Strafrecht*, AT<sup>2</sup>, W. De Gruyter, Berlin-New York, 1991.
- JAKOBS Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996.
- JAKOBS Günther, *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung*, in *Fest. Hirsch*, de Gruyter, Berlin-New York, 1999, 45 ss.
- JESCHECK Hans Heinrich-WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT<sup>5</sup>, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- KAHRS Hans J., *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die Conditio-sine-qua-non Formel im Strafrecht*, Cram-de Gruyter, Hamburg, 1968.
- KAUFMANN Armin, «Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?, in *Fest. Jescheck*, Bd. I, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, 251 ss.
- KELSEN Hans, *Vergeltung und Kausalität*, Stockum & Zoon, The Hague, 1941.
- KELSEN Hans, *Society and Nature. A sociological Inquiry*, Chicago, 1943, trad. it., *Società e natura. Ricerca sociologica*, Einaudi, Torino, 1953.
- KELSEN Hans, *Causality and Imputation*, in *Ethics*, 1950, 1 ss., trad. it. *Causalità e imputazione*, in Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, 207 ss.
- KELSEN Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1923<sup>2</sup>)*, Neudruck Scientia Verlag, Aalen, 1984.
- KINDHÄUSER Urs, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung*, in *GA*, 1994, 197 ss.
- KINDHÄUSER Urs, *Strafrecht*, AT, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- KÖHLER Michael, *Strafrecht*, AT, Springer, Heidelberg, 1997.
- KRAUß Detlef, *Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht*, in *ZStW*, 1964, 19 ss.
- KRAUSE Daniel M., *Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko*, Berlin, 1995.
- KÜHL Kristian, *Strafrecht*, AT<sup>5</sup>, Vahlen, München, 2005.
- KÜPPER Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.
- LARENZ Karl, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und der Lehre von der «juristischen Kausalität»*, Deichertsche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1927.
- LESCH Heiko Hartmut, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktio-*

- nalen Revision*, C. Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999.
- LICCI Giorgio, *Teorie causali e rapporto d'imputazione*, Jovene, Napoli, 1996.
- LING Michael A., *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- LÜBBE Weyma (Hrsg.), *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, de Gruyter, Berlin-New York, 1994.
- LUZÓN PEÑA Diego-Manuel, *Curso de derecho penal*, PG I, Editorial Universitas, Madrid, 1996.
- MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale*, PG<sup>4</sup>, Cedam, Padova, 2001.
- MANTOVANI Marco, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, Milano, 1997.
- MANZINI Vincenzo, *Trattato di diritto penale secondo il codice del 1930*, vol. VI, Utet, Torino, 1935.
- MARINUCCI Giorgio, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971.
- MARINUCCI Giorgio, *Non c'è dolo senza colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 ss.
- MARINUCCI Giorgio-DOLCINI Emilio, *Manuale di diritto penale*, PG, Giuffrè, Milano, 2004.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Eder-sa, Madrid-Apartado, 1992.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA Margarita, *Relevanz des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei der objektiven Erfolgszurechnung?*, GIMBERNAT Enrique-SCHÜNEMANN Bernd-WOLTER Jürgen (Hrsg.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Müller, Heidelberg, 1995, 37 ss.
- MASERA Luca, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 493 ss.
- MAZZACUVA Nicola, *Il fatto tipico*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2001, 61 ss.
- MEZZETTI Enrico, *Giurisprudenza «creativa» nell'accertamento del nesso causale per la morte del tossicodipendente*, in *Cass. pen.*, 2004, 2837 ss.
- MILITELLO Vincenzo, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 1988.
- MILITELLO Vincenzo, *La formalizzazione dei criteri dell'“imputazione obiettiva”: una scelta codificabile?* dattiloscritto (2006), in corso di pubblicazione.
- MIR PUIG Santiago, *Significado y alcances de la imputación objetiva en derecho penal*, in *Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, 1 ss.
- MITTSCH Wolfgang, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2004.
- MORSELLI Elio, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Indice pen.*, 2000, 11 ss.

- MUÑOZ CONDE Francisco, *Conversación del 30 luglio 2002*, in *Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002.
- MURMANN Uwe, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2005.
- MYLONOPOULOS Christos, *Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo*, in *ZStW*, 99, 1987, 685 ss.
- NAGEL Ernest, *The Structure of Science*, 1961, trad. it. *La struttura della scienza*, Feltrinelli, Milano, 1984.
- NAPPI Aniello, *Guida al codice penale*, Giuffrè, Milano, 2003.
- NUVOLONE Pietro, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955.
- NUVOLONE Pietro, *I limiti taciti della norma penale* (Palermo, 1947), ristampa, Giuffrè, Milano, 1972.
- NUVOLONE Pietro, *Il sistema del diritto penale<sup>2</sup>*, Cedam, Padova, 1982.
- OTTO Harro, *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs als Problem der Verantwortungszuschreibung*, in *Fest. Lampe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, 491 ss.
- OTTO Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre<sup>7</sup>*, De Gruyter, Berlin, 2004.
- PADOVANI Tullio, *Diritto penale*, PG<sup>7</sup>, Giuffrè, Milano, 2004.
- PAGLIARO Antonio, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Giuffrè, Milano, 1966.
- PAGLIARO Antonio, *Principi di diritto penale*, PG<sup>2</sup>, Giuffrè, Milano, 1980.
- PAGLIARO Antonio, *Principi di diritto penale*, PG<sup>3</sup>, Giuffrè, Milano, 1987.
- PAGLIARO Antonio, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779 ss.
- PAGLIARO Antonio, *Principi di diritto penale*, PG<sup>8</sup>, Giuffrè, Milano, 2003.
- PAGLIARO Antonio, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1037 ss.
- PAGLIARO Antonio, voce *Causalità (rapporto di): il nesso di condizionamento*, in *Enc. dir., Annuario*, 2006 (in corso di pubblicazione).
- PALAZZO Francesco C., *Corso di diritto penale*, PG<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino, 2006.
- PALAZZO Francesco C.-PAPA Michele, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, Torino, 2000.
- PAREDES CASTAÑÓN José M., *El riesgo permitido en derecho penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- PARODI GIUSINO Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990.
- PAVARINI Massimo, *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare. Prime elaborazioni e riflessioni*, in AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. DONINI, Giuffrè, Milano, 2003.
- PEDRAZZI Cesare, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 898 ss.

- PEDRAZZI Cesare, *Art. 216*, in PEDRAZZI Cesare-SGUBBI Filippo, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1995.
- PEDRAZZI Cesare, *Diritto penale*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2003.
- PERINI Andrea, *Il «cagionamento del dissesto»: la nuova «bancarotta da reato societario» al banco di prova della causalità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 721 ss.
- PIERGALLINI Carlo, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- PIFFERI Michele, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la «parte generale» di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006.
- PONGILUPPI Caterina, *Dolo generale e preterintenzione: la realizzazione del rischio come criterio risolutivo nelle indicazioni della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 38 ss.
- PROSDOCIMI Salvatore, *Dolus eventualis*, Giuffrè, Milano, 1993.
- PULITANÒ Domenico, *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1984.
- PULITANÒ Domenico, *Diritto penale*, PG, Giappichelli, Torino, 2005.
- PULITANÒ Domenico, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, 786 ss.
- PUPPE Ingeborg, *Vorsatz und Zurechnung*, Decker & Müller, Heidelberg, 1992.
- PUPPE Ingeborg, *Die Erfolgzurechnung im Strafrecht, dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Nomos, Baden-Baden, 2000.
- PUPPE Ingeborg, *Strafrecht. Allg. Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Bd. I, Nomos, Baden-Baden, 2002.
- PUPPE Ingeborg, *Vor § 13; § 15*, in *Nomos Kommentar zum StGB*, Bd. 1<sup>2</sup>, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- RADBRUCH Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, (1904), Neudruck Scientia Verlag, Aalen, 1967.
- REYES ALVARADO Yesid, *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, in *Rev. del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Externado de Colombia, vol. XIII, 1991, 97 ss.
- REITMAIER Andrea, *Die objektive Erfolgzurechnung im österreichischen Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ José A., *La doctrina de la acción finalista*, Anales de la Universidad de Valencia, Valencia, 1953-1954.
- ROMANO Mario, *Commentario sistematico del codice penale*, vol I<sup>3</sup>, Giuffrè, Milano, 2005.
- ROMANO Mario, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1721 ss.
- ROXIN Claus, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *ZStW*, 1962, 411 ss.

- ROXIN Claus, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Fest. Honig*, Schwartz, Göttingen, 1970, 1331 ss.
- ROXIN Claus, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, de Gruyter, Berlin-New York, 1973.
- ROXIN Claus, *Strafrecht*, AT, Bd. II, Beck, München, 2003.
- ROXIN Claus, *Strafrecht*, AT, Bd. I<sup>4</sup>, Beck, München, 2005.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, *Anhang al § 55/20*, in *Systematischer Kommentar zum StGB*, AT<sup>7</sup>, Metzner Verlag, Frankfurt a.M., 2004.
- RUEDA MARTÍN María Angeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Bosch, Barcelona, 2001.
- RUGA RIVA Carlo, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1743 ss.
- SALTELLI Carlo-ROMANO DI FALCO Enrico, *Commento teorico-pratico del codice penale*<sup>3</sup>, vol. III, Jandi Sapi, Roma, s.d. [1956].
- SAMSON Erich, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, A. Metzner Verlag, Frankfurt a.M., 1972.
- SANCINETTI Marcelo A., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- SANCINETTI Marcelo A., *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, in *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, 39 ss. (anche in AA.VV., *Teorías actuales en el derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, 181 ss.).
- SANDRELLI Gian Giacomo, *La riforma della legge fallimentare: riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, 1296 ss.
- SANTAMARIA, Dario, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Jovene, Napoli, 1955.
- SCHMIDHÄUSER Eberhard, *Strafrecht*, AT, *Studienbuch*, Mohr, Tübingen, 1982.
- SCHRÖDER Friedrich C., *Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *Fest. Androulakis*, Sakkoulas Verlag, Athen, 2003, 651 ss.
- SCHÜNEMANN Bernd, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelkte*, in *JA*, 1975, 435 ss.
- SCHÜNEMANN Bernd, *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*, in GIMBERNAT Enrique-SCHÜNEMANN Bernd-WOLTER Jürgen (Hrsg.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Müller, Heidelberg, 1995.
- SCHÜNEMANN Bernd, *Über die objektive Zurechnung*, in *GA*, 1999, 207 ss.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *Aberratio ictus und objektive Zurechnung*, in *ZStW*, 101, 1989, 352 ss.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *Zur strafrechtlichen Relevanz der Nicht-Unmittelbarkeit des Erfolgseintritts*, in *GA*, 1990, 207 ss.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?*, in *GA*, 2004, 679 ss.
- SPENDEL Günther, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, stampato in proprio, Beck'sche Buch- und Kunst-druckerei, Herborn, 1948.



- STELLA Federico, *La descrizione dell'evento. I. l'offesa – Il nesso causale*, Giuffrè, Milano, 1970.
- STELLA Federico, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1975.
- STELLA Federico, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1217 ss.
- STELLA Federico, voce *Rapporto di causalità*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, 20 ss.
- STELLA Federico, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 767 ss.
- STELLA Federico, *Giustizia e modernità*<sup>3</sup>, Giuffrè, Milano, 2003.
- STELLA Federico, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, 1062 ss.
- STELLA Federico, *Il giudice corpuscolariano*, Giuffrè, Milano, 2005.
- STRATENWERTH Günther-KUHLEN Lothar, *Strafrecht*, AT<sup>5</sup>, Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 2004.
- STRUENSEE Eberhard, *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, in *JZ*, 1987, 21 ss., anche in *Id.*, *Grundlagenprobleme*, 1 ss.
- STRUENSEE Eberhard, *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, in *GA*, 1987, 97 ss., anche in *Id.*, *Grundlagenprobleme*, 37 ss.
- STRUENSEE Eberhard, *Grundlagenprobleme des Strafrechts*, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin, 2005.
- TIEDEMANN Klaus, *Vor § 283/101 ss.*, in *Id.*, *Insolvenz-Strafrecht*, §§ 283-283 *StGB*, de Gruyter, Berlin-New York, 1996.
- TOEPEL Friedrich, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.
- TRAPASSO M. Teresa, *Imputazione oggettiva e colpa tra «azione» ed «omissione»: dalla struttura all'accertamento*, in *Indice pen.*, 2003, 1225 ss.
- TRIMARCHI Pietro, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967.
- ULSENHEIMER Klaus, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, L. Röhrscheid Verlag, Bonn, 1965.
- VENEZIANI Paolo, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II, *I delitti colposi*, Cedam, Padova, 2003.
- VENEZIANI Paolo, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie» nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, Padova, 2003.
- VIGANÒ Francesco, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice* (in corso di pubblicazione).
- WALTHER Susanne, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Eigenverlag Max-Planck Institut, Freiburg i. Br., 1991.
- WELZEL Hans, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, 51, 1931, 703 ss.
- WELZEL Hans, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 58, 1939, 491 ss.

- WESSELS Johannes-Beulke Werner, *Strafrecht*, AT<sup>34</sup>, Müller, Heidelberg, 2004.
- WOHLLEBEN Marcus, *Beihilfe durch äußerliche neutrale Handlungen*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996.
- WOLTER Jürgen, *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung*, in *ZStW*, 89, 1977, 649 ss.
- WOLTER Jürgen, *Grundfälle zu «in dubio pro reo» und Wahlfeststellung*, in *JuS*, 1983, 363 ss.
- WOLTER Jürgen, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Straftatsystem. Zur Strukturgleichheit von Vorsatz- und Fahrlässigkeit-sdelikt*, in *GA*, 1993, 269 ss.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl-ALAGIA Alejandro-SLOKAR Alejandro, *Derecho penal*, PG<sup>2</sup>, Ediar, Buenos Aires, 2005.



Finito di stampare nel mese di novembre 2006  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
via Bologna, 220